

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LIII

MM



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



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.²
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 Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Cuatrimestral.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

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

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

ADMINISTRACIÓN

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

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

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

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**TOMO LIII
MM**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid. 2003

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

NIPO (BOE): 007-03-015-4
NIPO (M. de Justicia): 051-03-003-6
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

NECROLÓGICA

Semblanza personal y universitaria de Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000). *In memoriam*

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción.–II. Primeros datos biográficos, universitarios y políticos.–III. Actividad docente en España, durante el exilio en Hispanoamérica (Argentina y Chile), y de nuevo en España, con el recuerdo de algunas anécdotas personales.–IV. La obra de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.–V. Condecoraciones y nombramientos académicos.–VI. Semblanza humana y recuerdos personales.

I. INTRODUCCIÓN

Ha muerto el Prof. Dr. Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Catedrático de Derecho penal, Filósofo del Derecho, Humanista, Académico y escritor, y me siento vivamente contristado. En estos momentos, una serie de sentimientos contradictorios se entremezclan en mi pensamiento. Ante todo, el recuerdo y la admiración por un hombre sabio y bueno que nos acaba de dejar. Y una multitud de gratos momentos compartidos, interferidos en el tiempo pero jamás olvidados. En estas páginas rápidas, escritas todavía con la conmoción que me produce la noticia del fallecimiento del querido amigo y colega, intentaré hacer una semblanza personal y universitaria del

compañero desaparecido: algo así como una «liebre en forma de elegía», para decirlo con expresión del poeta santanderino Gerardo Diego.

II. PRIMEROS DATOS BIOGRÁFICOS, UNIVERSITARIOS Y POLÍTICOS

Manuel de Rivacoba y Rivacoba, madrileño de nacimiento, vino al mundo en 9 de septiembre de 1925. Cursó estudios de Derecho y Filosofía en la Universidad Central de Madrid, donde se licenció en ambas carreras con sobresaliente calificación. Destaca su Premio Extraordinario de Licenciatura en Filosofía y Letras, Sección de Filosofía. Más tarde, realizó el Doctorado en la misma Universidad, obteniendo el grado de Doctor en Derecho, con la calificación de Sobresaliente.

Versó su Tesis Doctoral sobre las *Relaciones entre las diversas disposiciones legales que regulan la ejecución de las de privación de libertad en el Derecho positivo español* (1957), tema muy escasamente tratado a la sazón, y que habría de quedar desgraciadamente inédito —obra de juventud— debido al excesivo celo de su autor. Al respecto consignó Jiménez de Asúa: «Pocos podrán como él escribir sobre este tema con más conocimiento de causa: sus estudios filosóficos, históricos y jurídicos dan a su obra una solidez científica poco común, y su permanencia en las prisiones españolas dota a sus páginas de cualidades de experiencia que, si no envidiables, son harto valiosas» (1).

Quiero llamar la atención sobre el tema de su Tesis Doctoral, a propósito de las palabras acabadas de citar. En efecto, el conocimiento del autor no se limita, en este caso, a una amplia y profunda, como la suya, investigación teórica. No. Desgraciadamente resultó ser la problemática tratada en el trabajo doctoral un lacerante episodio de su biografía personal, una vivencia particularmente traumática —en cuanto injusta— por sí mismo experimentada, sufrida en sus propias carnes. Pues aquel estudio doctoral sobre la privación de

(1) Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, «Prólogo» a Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Las ideas penales de Blasco Ibáñez*, Prólogo de Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Extensión Universitaria, Santa Fe (República Argentina), 1966, p. 7.

libertad –y creo que es un dato que muy pocos conocen– fue concebido, pensado y escrito, en su mayor parte, hallándose en *estado de privación de libertad* su propio autor. Brevemente aludiré a tan triste y miserable secuencia histórica, que quizá debiéramos, como el propio Don Manuel trató, definitivamente olvidar.

Durante sus años de estudiante universitario, en concreto en 1945, fue Rivacoba en Madrid miembro fundador de la Federación Universitaria Escolar (FUE), asociación clandestina en la España de la postguerra fratricida. Detenido y encarcelado, fue juzgado en Consejo de Guerra y condenado a pena de muerte, luego conmutada por la de treinta años de reclusión mayor, en Barcelona, acusado del delito de rebelión militar. Pasó una década de su vida, desde 1947 hasta 1956, en la prisión franquista, símbolo de represión punitiva de la ideología. En 10 de noviembre de 1957, alcanzó a hacer realidad su anhelo de exilio político, sin haber claudicado jamás ni un ápice en su ideología liberal y antigubernamental: pasó clandestinamente la frontera de Francia, por Vera del Bidasoa. A partir de allí, seguidamente inició un largo peregrinar, que le llevaría a arribar a amplias y cálidas tierras hispanoamericanas, a lo largo y a lo ancho de las cuales dio en todo momento muestras de su gran valía intelectual y de su excepcional formación científica, haciendo profesión de indómita actitud crítica, en toda iniciativa académica y en toda actividad universitaria, quehaceres que al unísono colmaron el sentido pleno de su vida, al otro lado del océano, y en la orilla del otro océano, donde definitivamente arraigó en su entrañable Viña del Mar.

Políticamente no ocultó jamás Rivacoba sus manifiestas preferencias republicanas, ni –por tanto– su frontal oposición al régimen franquista. Admirador y estudioso de la figura de Manuel Azaña (2) (1880-1940), Presidente de la Segunda República Española, Rivacoba participó activamente en la causa republicana (fue miembro fundador del partido Acción Republicana Democrática Española, ARDE, en el exilio, en 1960), y llegó a ocupar altos puestos al servicio de la República, como el de Ministro Plenipotenciario,

(2) *Vid.*, por ejemplo, Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, «Azaña: la pluma y la palabra», en *Occidente*, año XXVIII, núm. 237, Santiago de Chile, junio de 1972, pp. 53 ss. (también en *España Republicana*, año L, núm. 1282, nov.-dic. de 1972, Buenos Aires, pp. 3 y 8); ídem, «Apéndice: Un libro de Jiménez Losantos sobre el final de Azaña» a la obra de Francisco MOLINS FERNÁNDEZ, *La Tertulia*, Alienus, Barcelona, 1994.

Delegado Diplomático Oficioso de aquel –casi fantasmal, por clandestino y oficioso– Gobierno de la República Española en el exilio (sede en Chile), nombrado el 11 de febrero de 1970, y Ministro sin cartera, en misión en América del Sur, en el último Gobierno de la República Española en el exilio, presidido por Fernando Varela Aparicio, desde el 1 de marzo de 1977 hasta la disolución de las instituciones republicanas el 21 de junio de 1977. La República Española en el exilio había sido presidida, en otro tiempo, por su maestro, el magno penalista Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), así como por el eximio historiador Claudio Sánchez-Albornoz y Mendiña (1893-1984).

III. ACTIVIDAD DOCENTE EN ESPAÑA, DURANTE EL EXILIO EN HISPANOAMÉRICA (ARGENTINA Y CHILE), Y DE NUEVO EN ESPAÑA, CON EL RECUERDO DE ALGUNAS ANÉCDOTAS PERSONALES

No pueden por menos de rememorarse las actividades universitarias, centradas en una plena entrega vocacional a la docencia, en las aulas y foros estudiantiles, y a la investigación, en bibliotecas y seminarios, que magistralmente desplegó el Profesor ahora evocado. Rivacoba era –parafraseando al maestro Jiménez de Asúa–, ante todo y por encima de todo, un universitario, un académico, un estudioso, un sabio. Esta idea encarnaba la propia esencia de su personalidad, y le impuso como indeclinable autoexigencia de por vida una dedicación absoluta, en cuerpo y alma, al oficio universitario, cuyo desempeño resultó ser inseparable del espíritu liberal que inspiró su existencia toda. Él vivió por y para una Universidad libre, crítica, acaso un punto utópica, por él idealizada, a la que entregó lo más hondo de su ser, sus ilusiones más sinceras, sus desvelos más profundos, sus empeños más abnegados, en condiciones a veces, contrariamente a las apariencias, no fáciles ni cómodas. En el fondo –y también en la forma–, él nunca fue advenedizo a convencionalismo alguno, ni acomodaticio a ningún sistema preestablecido.

Creo que pueden distinguirse tres básicas etapas en la carrera docente de nuestro colega y amigo desaparecido. La primera, muy breve, en su España natal, antes de su obligado exilio político. La segunda, constreñida por las tristes circunstancias histórico-políticas

que acompañaron sus avatares biográficos, en la Argentina primero y en Chile después —paradojas de la vida—, durante la mayor parte de su madurez científica e intelectual. La tercera, asimismo breve —efímera, en verdad, según mi propia vivencia—, en la Universidad de Córdoba (España), en cuya Facultad de Derecho tuve el honor académico y la satisfacción personal de ser sucedido por él, en la Cátedra de Derecho Penal que yo ocupé hasta octubre de 1988, y que él desempeñó hasta el instante mismo de cumplirse el término legal para la jubilación en la actividad docente. Finalmente, y como reanudación de la que fuera la segunda etapa de su vida universitaria, ha de consignarse una última fase, la de su jubilar madurez, en la que reanudó el magisterio propio de su Cátedra en la chilena Universidad de Valparaíso, a cuyo lustre científico y realce académico contribuyó de modo relevante el Profesor Rivacoba, con los mejores frutos de su brillante carrera académica. A continuación haré un sucinto recorrido por la triunfante carrera docente, que le correspondió en suerte transitar a quien, sin duda, ha sido uno de nuestros más significativos maestros penalistas itinerantes en el exilio por lejanas tierras de Hispanoamérica.

En su breve primera etapa de actividad docente española, en plena juventud, ya dio Rivacoba tempranas e inequívocas muestras de su valía personal y de una profunda preparación intelectual. En el año 1956, recién salido de prisión, fue nombrado Profesor Ayudante de Fundamentos de Filosofía en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Valladolid, con sede en Bilbao, así como Profesor Ayudante de Filosofía en el Instituto Nacional de Enseñanza Media Masculino de Bilbao. Desempeñaría tales cargos durante ese mismo año académico y el siguiente, compaginando la tarea docente con la actividad investigadora, que le llevó a la culminación de su Tesis Doctoral, presentada en la —a la sazón denominada— Universidad Central de Madrid en 1957.

Posteriormente se vio obligado Manuel de Rivacoba, como antes he mencionado, a iniciar su penoso y triste periplo biográfico del exilio, que le acompañaría hasta el final de su vida. He dejado constancia escrita líneas atrás de su inmensa labor investigadora, universitaria y divulgadora en Hispanoamérica. Forzado a abandonar su país natal en tiempos extremadamente difíciles, que resultaron dramáticos para una larga generación de intelectuales, él fue acogido, como otros muchos intelectuales españoles, por diversos países de Hispanoamérica. Fue Argentina su primer puerto de arribo, y allí habría de seguir paso a paso las huellas de Don Luis Jiménez de Asúa,

transitando la misma senda del maestro y de una amplia escuela de brillantes penalistas, con los que entablaría contacto directo y estrecharía lazos de compañerismo y amistad personal. En 1958, a poco de arribar a tierras americanas, es nombrado Profesor Titular (Cate-drático) de Derecho Penal y de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe), donde encontraría a otro maestro español en el exilio, el insigne penalista Prof. Dr. Francisco Blasco y Fernández de la Moreda, precedente discípulo directo del común maestro Jiménez de Asúa. Bajo la dirección de este último trabajaría durante el bienio 1965/66, al ser nombrado Profesor Encargado de Derecho de ejecución penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Instituto de Derecho Penal y Criminología. Curso de Especialización en Ciencias Penales, 2.º año). Desde entonces, Rivacoba dedicaría a ambas destacadas figuras del penalismo hispano sentidas palabras de admiración y de gratitud (3). Como símbolo de alianza académica y respeto científico, los Profesores Blasco y Rivacoba, respectivamente, se prologarían mutuamente muy sugerentes y significativos libros (4).

(3) *Vid.*, en relación a Jiménez de Asúa, Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, «Jiménez de Asúa: el hombre», en *A la memoria del Profesor Jiménez de Asúa*, Instituto de Ciencias Penales (Filial de Valparaíso), Valparaíso, 1972, pp. 23-34; ídem, «Evolución y permanencia del pensamiento de Jiménez de Asúa», en *Doctrina Penal*, año 3, núm. 12, oct.-dic. 1980, pp. 783-797; ídem, «El Derecho penal en el mundo hispánico antes y después de Jiménez de Asúa», en *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1986, pp. 263-278; ídem, «La figura de Jiménez de Asúa en el Derecho Penal», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4/1989, jul.-ag. (número monográfico: *Dos centenarios: Castán Tobeñas, Jiménez de Asúa*), pp. 83-96 (también en *Doctrina Penal*, año 12, núm. 48, pp. 803-819); ídem, «Jiménez de Asúa o la integridad», e *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, UNED, Madrid, 1995, pp. 1163-1167.

Vid., sobre el penalismo español en el exilio, ídem, «Presencia y obra del penalismo español del exilio en Hispanoamérica», en *Doctrina Penal*, año 13, núms. 49/52, en.-dic. 1990, pp. 243-258 [también en Nicolás SÁNCHEZ-ALBORNOZ, (comp.), con la colaboración de María Teresa POCHAT, *El destierro español en América: un trasvase cultural*, Madrid, 1991, pp. 149-159].

(4) *Vid.* FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE LA MOREDA, *Derecho, Libertad y Justicia*, Publicaciones del Departamento de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964; Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, prólogo del Prof. Dr. FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE LA MOREDA, Edeval, Valparaíso, 1969, 184 pp.

El propio maestro Jiménez de Asúa pondría Prólogo a una deliciosa obra de Rivacoba, desgraciadamente poco conocida, sobre *Las ideas penales de Blasco Ibáñez*, del año 1966, que recuerda indefectiblemente a aquel magistral ensayo del que fuera Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Don Mariano Ruiz-Funes, sobre las *Ideas penales de Anatole France* (5), y que a mí personalmente me hace recordar los diversos ensayos históricos, jurídicos y literarios de mi padre, Prof. Dr. Lorenzo Polaino Ortega (6), entre ellos su Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras, citado por Don Manuel de Rivacoba, titulado *La delincuencia en la picaresca* (1964), que como otros de sus estudios anteriores –por ejemplo, el titulado *El Derecho procesal en el Libro de Buen Amor* (1947)–, sería ampliamente elogiado por el maestro Menéndez Pidal.

Pero si Manuel de Rivacoba desgraciadamente hubo de abandonar su carrera docente y universitaria en su España natal, debido a inicuas persecuciones e injustas represalias políticas, no puede decirse que los años posteriores le fueran precisamente gratos en todo momento. Llevando sus firmes principios liberales a una coherencia y una lealtad intelectual inquebrantables, también se vio obligado a abandonar sus puestos de Profesor Titular y Profesor Encargado, a raíz de la intervención del Gobierno *de facto* del General Onganía en las Universidades argentinas. Desde allí emprendería nuevo camino –su archivo siempre en la maleta de mano– allende la cordillera andina, hasta alcanzar el nuevo horizonte de las bellas tierras chilenas, en las que arraigaría humana y culturalmente, y donde habría de consumir la fase más crucial de su vida académica.

(5) Vid. Mariano RUIZ-FUNES, *Ideas penales de Anatole France*, Monografía hecha con notas de una conferencia, pronunciada en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Tip. Sucesores de Nogués, Murcia, 1926.

(6) POLAINO ORTEGA, Lorenzo, *La delincuencia en la picaresca*, Discurso de Ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras, leído el 19 de abril de 1964, y Contestación del Prof. Dr. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, Imprenta de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1964; RIVACOBA (en su libro *Las ideas penales de Blasco Ibáñez*, Prólogo de Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Extensión Universitaria, Santa Fe/República Argentina, 1966, p. 33, nota 17) recuerda también la «excelente *Nota bibliográfica* (al Discurso sobre *La delincuencia en la picaresca*) de Francisco BUENO ARÚS», publicada en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, año XX, núm. 167, Madrid, oct.-dic. 1964, p. 856.

En 1967 Rivacoba es nombrado Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (originaria Escuela de Valparaíso, y desde comienzos de 1981, Universidad de Valparaíso), Universidad entrañablemente querida por el maestro, con la que se siente substancialmente integrado, y en la que, pasado el tiempo, habría de padecer –otra paradoja de la vida– los avatares políticos que el destino deparara al país que había constituido la más antigua democracia de toda América. Allí profesaría, durante largos años, más de tres décadas, hasta el final de su vida –con la excepción del breve pero significativo periodo de retorno a la Universidad de Córdoba en su país natal– lo más granado de su magisterio, escrito y hablado. Muchos de los juristas más destacados de Chile se han formado, directa o indirectamente, en la Cátedra de Derecho Penal de Rivacoba. Muchos de ellos así lo recordarán, reconocerán y agradecerán; otros, en cambio, lo relegarán al olvido, no lo reconocerán –en cuanto políticamente no correcto– o abiertamente renegarán de ello. Da igual –a él probablemente le sería casi indiferente–, pero el hecho histórico está ahí y es innegable. La Cátedra del Prof. Rivacoba ha impreso carácter en la Universidad chilena, en el Instituto de Estudios Penales, en la Judicatura, en el Foro, en la Academia de este país. Entre sus muchos discípulos en la Ciencia del Derecho, que conocieron sus doctrinas y compartieron su concepción liberal del Derecho, en las últimas generaciones que disfrutaron de su magisterio, que nunca rehuyó la polémica, figura un joven Catedrático de sólida formación iusfilosófica y dogmática, el Prof. Dr. José Luis Guzmán Dálbora, autor de interesantes libros y trabajos, que reviven el espíritu heredado de su maestro.

No tengo por menos que recordar con especial cariño el regreso, a finales de los 80, del Profesor Manuel de Rivacoba a tierras españolas, para re-emprender en su país natal una carrera universitaria, vilmente truncada tantas décadas antes. Consciente de lo intempestivo y de lo injusto de su exilio político, propuse al Profesor Rivacoba su retorno a nuestro país, y su incorporación como Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Córdoba, en el convencimiento de que para nuestra Corporación sería un orgullo académico y un acto de justicia histórica que un antiguo miembro de la Universidad española, tan ignominiosamente separado de la misma, se reincorporara a su seno, aun tantos años después, con tantos años de retraso. Tengo delante de mí una carta de Rivacoba, en la que –además de la natural y comprensible emoción– dice

que, meditándolo mucho, toma la decisión «hasta donde las posibilidades reales y efectivas me lo permitan, (de) reintegrarme a la Patria y continuar en ella mi vida y labor científica y universitaria».

Seguí muy de cerca el proceso, no carente de las endémicas trabas administrativas y otros problemas añadidos de (mayor o menor) rigor, por el que, al fin, pudo Don Manuel reintegrarse, durante dos años (los cursos académicos de 1988/89 y 1989/90), como Catedrático interino de la asignatura de Derecho Penal, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (España). Para mí, personalmente fue un motivo de orgullo y de satisfacción que Don Manuel De Rivacoba ocupara esa Cátedra, que yo mismo había desempeñado durante los cinco años anteriores y en la que era Profesor Titular de Derecho Penal mi querido y admirado amigo y discípulo el Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, que entonces preparaba concienzudamente, alternando estancias investigadoras entre España y Alemania, sus oposiciones a Cátedra de Derecho Penal, que hoy, con todo merecimiento, habría de ostentar, de no ser por aquella cruel y despiadada enfermedad que le llevaría tan temprano a una dolorosa y prematura muerte.

Con Enrique Casas, y a pesar de la diferencia de edad que mediaba entre ambos, anudaría Rivacoba lazos de auténtica amistad y mantendría una excelente relación de compañerismo, tanto en el Área de Derecho Penal de aquella Facultad, como en el Instituto de Criminología de la Universidad de Córdoba (el primero de los instaurados en la Comunidad Autónoma de Andalucía), que yo tuve la fortuna de fundar años antes (mediante Convenio suscrito entre los Rectores de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad de Córdoba, merced al generoso beneplácito académico y la magistral mediación universitaria del Director del Instituto de Criminología de la primera Universidad y Presidente del Consejo de los Institutos Universitarios de Criminología, Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal), y del que sería nombrado el Profesor Manuel de Rivacoba Director Adjunto para las Relaciones Hispanoamericanas. Posteriormente las relaciones académicas institucionales se ampliarían y proseguirían con el actual Director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, el Prof. Dr. Antonio García-Pablos de Molina, tan unido asimismo por vínculos de amistad con el Profesor Rivacoba.

Aquel Instituto de Criminología de la Universidad de Córdoba, Sección Delegada de la Universidad Complutense de Madrid, luego burdamente perseguido por espurias mezquindades profesoras y

narcisistas veleidades rectorales, era —y me enorgullezco en afirmarlo aquí y ahora, tantos años después— un modélico ejemplo de pluralismo ideológico e intelectual, de buen hacer universitario y de liberal espíritu de debate dialéctico entre profesores y alumnos. Allí concurrieron excelentes universitarios de las más dispares escuelas, que de desinteresada y vocacional manera formaron parte permanente de la nómina de los Profesores, con una generosidad y una entrega dignas del mayor encomio, entre ellos un plural y heterogéneo grupo de penalistas, médicos, genetistas, filósofos, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, estadísticos, etc., que nos enriquecieron con su participación en periódicos encuentros, coloquios y congresos universitarios, algunos de ellos internacionales, sobre el delincuente y la conducta criminal.

No quiero dejar de citar, de entre aquellos Profesores que fueron más caros a Don Manuel de Rivacoba, por su más próximo trato, además del ya citado Enrique Casas y de los Profesores Don José Palma Campá, en la propia Área de Derecho Penal, y Don Juan Manuel Palma Campá, a la sazón Secretario del Instituto, a los siguientes colegas: el Prof. Dr. Ricardo Vaamonde Lemos, eximio Catedrático de Histología y Embriología, directo discípulo de la escuela, en su segunda generación, y provector continuador de la metodología investigadora de Santiago Ramón y Cajal; el Prof. Dr. Diego Jordano Barea, eminente maestro en las Ciencias médica y veterinaria e ilustre colega universitario; el Prof. Dr. José Luis Lanchón Alonso, Catedrático de Anatomía Humana en la Facultad de Medicina y querido amigo y colega en el Equipo de Gobierno de la Universidad, con quien he de compartir constituyentes tareas rectorales; el Prof. Dr. Manuel Fernández-Escalante, Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, y a la sazón Director del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Público, quien participó con singular entusiasmo junto con toda su escuela filosófico-jurídica en las actividades docentes e investigadoras del Instituto; el Prof. Dr. Antonio Medina León, Catedrático de Psiquiatría, y la Prof.^a Dr.^a M.^a José Moreno Díaz, colega en el Área de Psicología Médica y Psiquiatría de la Facultad de Medicina; el Prof. Dr. José M.^a Caridad y Ocerín, eximio matemático Catedrático de Estadística y Econometría y colega asimismo de Vicerrectorado, y un tan largo etcétera que haría en exceso prolija una interminable relación de testimonios personales de la amistad y el afecto dispensado al maestro de maestros que para todos nosotros fue el Profesor Rivacoba.

Entre los innumerables Profesores que, periódica u ocasionalmente, tuvieron prominente intervención en las actividades del Instituto, al margen de un nutrido y heterogéneo grupo de colegas penalistas españoles y foráneos, desde Catedráticos de las escuelas más consagradas de la disciplina hasta docentes noveles de la misma en las Universidades españolas y extranjeras, no quiero dejar de recordar ahora a mi admirado amigo y colega el Prof. Dr. Carlos Castilla del Pino, otro perseguido político del franquismo que, por esta sola razón, no alcanzó a obtener el nombramiento y toma de posesión de la Cátedra de Psiquiatría en la Universidad de Córdoba, sino con harto retraso, una vez instaurada al fin la democracia, precisamente el mismo día (del año 1983) en que lo hacía yo de mi Cátedra de Derecho Penal, y cuya magistral participación profesoral, en el inicio mismo de la andadura del Instituto Universitario de Criminología, constituyó un decisivo refrendo académico y científico, y para alumnos y profesores un acontecimiento inolvidable en los Anales de la propia vida de aquella Universidad.

Permítaseme aún evocar un par de recuerdos personales, que se me agolpan entremezcladamente ahora, al momento de redactar estas líneas. Cuando Manuel de Rivacoba se incorporó a la Universidad de Córdoba, Enrique Casas le cedió generosamente su propia vivienda personal, en dicha ciudad, trasladándose temporalmente a su casa familiar en Sevilla. Tal gesto supuso algo más que una cortesía para con el viejo Profesor y Maestro, que en su madurez científica y académica arribaba a unas nuevas aulas españolas, tanto tiempo ha dejadas atrás. En mi opinión, este gesto fue un símbolo de expresión de la humana personalidad que caracterizó a ambos: a Enrique Casas y a Manuel de Rivacoba. No mucho tiempo después, quiso el fatídico azar que, a la temprana muerte de Enrique en julio de 1993, hubiera el propio Don Manuel de escribir una tan bella como sentida semblanza necrológica del joven discípulo, que sería publicada, junto a otra mía, en el Libro Homenaje (7) dedicado a la memoria de aquél, aparecido en 1996 bajo la dirección del estimado amigo y ulterior sucesor en la Cátedra de Derecho Penal cordobesa Prof. Dr. Juan José González Rus.

(7) *Vid.* Manuel DE RIVACOBAY RIVACOBAY, «Profesor Doctor Enrique Casas Barquero. In memoriam», en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*; coordinador: Juan José GONZÁLEZ RUS, Córdoba, 1996, pp. 15-17.

En estos momentos en que me embarga un emocionado recuerdo, no puedo tampoco eludir la mención de otro hecho, del que asimismo fui personal testigo, y que refleja con fidelidad la humana personalidad del Profesor Rivacoba, quien, tras su incorporación a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba (España), luego de mi traslado a la Universidad de Sevilla, fue designado, a propuesta mía, para leer el Discurso de Inauguración de curso académico en representación del Instituto de Criminología de la Universidad cordobesa. ¡Nadie mejor que él (nadie con más experiencia ni mayores conocimientos teórico-prácticos y científico-comparados) podía profesar la Lección Inaugural de curso en un Instituto de Criminología, ante la comunidad universitaria a la que acababa de incorporarse! Don Manuel aceptó cortésmente aquel encargo académico, no sin atisbos de emoción, por cuanto el aceptado ofrecimiento rectoral simbolizaba, para él, no sólo su reincorporación a la Universidad española (en la que había sido tan excelente alumno como inquietante universitario liberal), sino un acto histórico de desagravio, frente al oprobioso exilio impuesto, que tan injustamente hubo de soportar, al igual que una larga generación de penalistas (de juristas, de escritores, de artistas) españoles, encabezada por el Maestro Luis Jiménez de Asúa.

Para aquel solemne acto académico de reencuentro con la Universidad española, tuvo especial interés Don Manuel de Rivacoba en solicitar a Doña Mercedes, la viuda del Profesor Jiménez de Asúa, el traje académico que fuera de su maestro, que él deseaba vestir en tal ocasión histórica. Nunca podré olvidar la emoción —en ocasiones, por ratos, difícilmente contenida— con la que portó en ese acto la muceta y el birrete doctoral de su maestro, ni sus sentidas y pausadas palabras de recuerdo para quienes fueron sus colegas y amigos en las tierras hispanoamericanas.

IV. LA OBRA DE MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA

Si se mira por encima el catálogo de las publicaciones del Profesor Rivacoba, escritas durante más de cuatro fecundas décadas, puede fácilmente llegarse a la conclusión de la variedad de temas que trató, además del amplio número de libros, artículos, reseñas, notas necrológicas, etc., que salieron de su pluma. Creo que su obra puede clasificarse en los siguientes genéricos temas: trabajos

de carácter filosófico-jurídico o de Teoría general del Derecho; obras de carácter dogmático jurídico-penal; trabajos de índole literaria e histórico-crítica, ediciones y traducciones; y otros trabajos varios, menores en cantidad pero no en calidad (recensiones, necrológicas, etc.).

El primer grupo de estudios que atrajo el interés de Rivacoba fue el de trabajos de carácter filosófico-jurídico o de Teoría general del Derecho. El era un hombre de una sólida preparación jurídica, filosófica y humanista. No se centró en temas unidimensionalmente encuadrados en el Derecho penal, sino que siempre levantó el vuelo de su contemplación y amplió su horizonte de conocimiento a otras cuestiones generales, de las que asimismo era consumado especialista. En este sentido, pueden y deben destacarse su muy sugerente y profundo trabajo sobre *División y fuentes del Derecho positivo* (8), un hermoso libro publicado en Valparaíso en el año 1968; su profundo libro sobre *Krausismo y Derecho* (9), del mismo año, meritorio trabajo que tan elogiado sería por Don Luis Jiménez de Asúa (10); sus estudios sobre *El liberalismo* (11) (1966) y sobre el *Origen y desarrollo del Derecho* (12), publicado en el Libro Homenaje al maestro Jiménez de Asúa (1970); otros trabajos dignos de ser citados son aquel sugerente ensayo sobre la aplicación de la teoría kelseniana al ámbito del Derecho penal, titulado *Proyecciones de la teoría pura del Derecho en el pensa-*

(8) RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de, *División y fuentes del Derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1968, 226 pp.

(9) RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de, *Krausismo y Derecho*, Castellví, Santa Fe, 1968, 184 pp.

(10) Vid. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, «Prólogo» a Manuel de RIVACOBAY RIVACOBAY, *Las ideas penales de Blasco Ibáñez*, Prólogo de Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Extensión Universitaria, Santa Fe (República Argentina), 1966, p. 8, quien califica la obra *Krausismo y Derecho* como «admirable volumen que sólo podía escribir quien, como él, ha calado hondo en la Filosofía y en la Ciencia jurídica».

(11) RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de, «El liberalismo», en *Ideologías del Siglo xx*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público y Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 1966, pp. 15-33.

(12) RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de, «Origen y desarrollo del Derecho», en *Problemas actuales de las Ciencias penales y de la Filosofía del Derecho*, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 543-559.

miento penal (13) (1982), las sugestivas reflexiones contenidas en un opúsculo intitulado *Fondo ético y significación política de la independencia judicial* (14) (1992), sus trabajos sobre *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal* (15) (1985) y sobre *La Reforma penal de la Ilustración* (16) (1988). Por último, no quiero dejar de citar sus importantes Discursos intitulados *Aproximación a Utopía* (17) (1985) y *Del liberalismo a la democracia* (18) (1989).

El grueso de la obra impresa del Profesor Rivacoba se ocupa, empero, de la disciplina del Derecho penal (Parte general, Parte especial, Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, etc.), que enriqueció con una ingente cantidad de libros, opúsculos y artículos de elevada precisión y encomiable rigor científico. Sería ingenuo hacer en esta breve semblanza mención de todos y cada uno de sus trabajos jurídico-penales. Por ello, me limitaré a resaltar los más importantes o sobresalientes. Al margen de su citada, y desgraciadamente inédita, *Tesis Doctoral* y de sus numerosos *Programas* de la asignatura (19), es preciso citar su sugerente

(13) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «Proyecciones de la teoría pura del Derecho en el pensamiento penal», en *Apreciación crítica de la teoría pura del Derecho*, Edeval, Valparaíso, Chile, 1982, pp. 181-192 (también en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola*, Pequeño Foro, Bogotá, 1983, pp. 215-227).

(14) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1992, 32 pp.

(15) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1985, 32 pp.

(16) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *La Reforma penal de la Ilustración*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1988, 36 pp.

(17) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Aproximación a Utopía*, Discurso de incorporación como miembro de número a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, del Instituto de Chile, con el discurso de recepción, del Académico Roberto Munizaga Aguirre, Instituto de Chile, Santiago de Chile, 1985, 54 pp.

(18) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Del liberalismo a la democracia*, Discurso de ingreso como miembro de número en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, y contestación de Santiago Petsehen Verdaguer, Bilbao, 1989, 32 pp.

(19) *Vid.* la última edición del mismo: RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Programa Analítico de Derecho penal*, 4.^a edición, revisada y actualizada por José Luis GUZMÁN DÁLBORA, Edeval, Valparaíso, 1997, 265 pp.

obra sobre *La obediencia jerárquica en el Derecho penal* (20) (1969), sus numerosos libros y estudios sobre la *Teoría de la pena* (21), y su más reciente obra sobre *Las causas de justificación* (22). Además sus numerosos artículos de Derecho penal comparado [análisis de nuevos Códigos penales hispanoamericanos (23)] y sobre el Código penal tipo para Hispanoamérica (24),

(20) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, prólogo del Prof. Dr. FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE LA MOREDA, Edeval, Valparaíso, 1969, 184 pp.

(21) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, XX + 178 pp.; ídem, *Hacia una nueva concepción de la pena*, Estudio preliminar de José F. PALOMINO MANCHEGO, Epílogo de José Luis GUZMÁN DÁLBORA, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1995, 168 pp.; ídem, *La retribución penal*, Conosur, Santiago de Chile, 1995, XVI + 64 pp.; ídem, *Configuración y desfiguración de la pena*, Discurso de incorporación como miembro correspondiente a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, del Instituto de Chile, discurso de recepción del Académico Don Alberto BALTRA CORTÉS, Instituto de Chile, Santiago de Chile, 1980, 28 pp.; ídem, «De la punibilidad a la pena», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, vol. 50 («Homenaje al Profesor Manuel G. Abastos»), pp. 221-228; ídem, «Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, UNED, Madrid, 1993, pp. 621-639; ídem, «La dosimetría en la determinación legal de las penas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, UNED, Madrid, 1994, pp. 747-756 (también en *De las penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 159-169).

(22) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, 336 pp.

(23) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «El nuevo Código penal de la República de Cuba (1979)», en *Doctrina Penal*, año 3, núm. 10, abr.-jun. 1980, pp. 357-384; ídem, «El nuevo Código penal de Colombia (1980)», en *Doctrina Penal*, año 4, núm. 13, en.-marzo 1981, pp. 85-114; ídem, «El nuevo Código penal del Estado de Veracruz (1980)», en *Doctrina Penal*, año 4, núm. 14, abr.-jun. 1981, pp. 401-408; ídem, «El nuevo Código penal de Panamá (1982)», en *Doctrina Penal*, año 6, núm. 23, jul.-sept. 1983, pp. 525-557; ídem, «Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo código penal de España (1995)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 5, Madrid, 1995, pp. 857-880. *Vid.*, asimismo, Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA/Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Edeval, Valparaíso, 1980, 120 pp.

(24) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica», en Miguel POLAINO NAVARRETE (comp.), *Estudios Jurídicos sobre la Reforma Penal*, Serie Minor, núm. 1, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 1987, pp. 215-244.

sobre concretos problemas de la Parte especial del Derecho penal (25), amén de sus obras sobre Criminología (26) y sobre Política criminal (27).

Finalmente, otro grupo de estudios del Profesor Rivacoba lo conforman aquellos dedicados a temas literarios e histórico-críticos, de los que fueron especialmente brillantes sus ediciones y traducciones de obras clásicas, que él mismo rescató del olvido. Su interés por lo histórico venía de antiguo. La Historia (la del Derecho penal no es una excepción) es un proceso evolutivo. Por ello, no puede conocerse el presente sin conocerse el pasado, y no se puede avanzar hacia el futuro sin conocer el presente. Es decir, la evolución histórica del Derecho penal es a menudo clave para comprender la

(25) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Delitos sobre estupefacientes*, Edeval, Valparaíso, 1974, 36 pp.; ídem, *El delito de contrato simulado*, Prólogo de Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Ediciones Akal, Madrid, 1992, 78 pp. (también en Conosur, Chile, 128 pp.); ídem, «Problemas penales del cheque sin fondos en Chile», en *Estudios sobre el cheque*, Pequeño Foro, Colección Debates Jurídicos, núm. 3, Bogotá, 1983, pp. 61-77; ídem, «Los llamados delitos socio-económicos en los códigos penales y en los proyectos iberoamericanos y en la Propuesta de anteproyecto español del nuevo Código penal», en *Los delitos socio-económicos*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1985, pp. 71-98; ídem, «Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de moneda», en *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Temis, Bogotá, 1987, pp. 197-209 (también en *Gaceta Jurídica*, año XI-1986, núm. 70, pp. 2-9 y en *Doctrina Penal*, año 9, núms. 33/34, en.-jun. 1986, pp. 41-53); ídem, «Concurso de leyes en el robo con violencia de que se siguen lesiones leves», en *Doctrina Penal*, año 11, núm. 42, pp. 325-335; ídem, «Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana», en *Doctrina Penal*, año 12, núms. 46/47, abr.-sept. 1989, pp. 287-294; ídem, «El delito de inutilización para eximirse de servicio público obligatorio», en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de Facultad de Derecho*, 2 vols., Universidad de Córdoba, tomo II, pp. 473-495 (también en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, UNED, Madrid, 1991, pp. 307-326, y en *Doctrina Penal*, año 15, núms. 57/58, en.-jun. 1992, pp. 43-62).

(26) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Elementos de Criminología*, Edeval, Valparaíso, 1982, 292 pp.; ídem, *Programa de Elementos de Criminología*, Edeval, Valparaíso, 1982, 20 pp.; ídem, «Criminología y justicia penal», en *Gaceta Jurídica*, año XIX-1989, núm. 108, pp. 6-8 (también en *Debate Penal*, año III, núms. 7, 8 y 9, 1989, pp. 181-185 y en *Doctrina Penal*, año 12, núm. 48, oct.-dic. 1989, pp. 675-678).

(27) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «Tentaciones, principios y perspectivas para una Política criminal en Chile a la altura de los tiempos», en *Política criminal y Reforma penal*, Conosur, Santiago de Chile, 1996, pp. 25-41 (también en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, 1996, pp. 95-107).

evolución de concretas instituciones jurídico-penales. Los más grandes penalistas españoles de la Historia (podríamos aludir, únicamente, a modo de ejemplo, al Profesor Luis Jiménez de Asúa y a los que fueron sus más preclaros discípulos en la —entonces denominada— Universidad Central de Madrid, el Profesor José Antón Oneca y el Profesor José Arturo Rodríguez Muñoz) eran, ante todo, profundos conocedores de nuestro Derecho penal histórico. Sin embargo, en la actualidad, no son frecuentes —ni rigurosas ni precisas, por lo común— las referencias al pasado de nuestra disciplina. Recuerdo, en este sentido, los sinceros lamentos de Manuel de Rivacoba denunciando la carencia de análisis históricos en las obras actuales y el desconocimiento de la Historia de nuestro propio Derecho Penal, de la que él fuera, por cierto, tan profundo conocedor y tan eximio cronista que supo divulgarla con exquisita elegancia y suprema calidad literarias.

He de confesar que me embarga la emoción al recordar hoy al amigo desaparecido, pues la última vez que me expresó tales lamentos fue con ocasión de confiarme el manuscrito de un trabajo suyo (el último, ya póstumo, que se ha publicado en España), titulado *¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?* (28), para enviarlo por propia voluntad del autor a la Dirección de la prestigiosa Revista especializada *Cuadernos de Política Criminal*, de la que fue colaborador, y que constituye —cómo no— un perfecto recorrido por las clásicas ideas penales, con especial atención a las doctrinas de Rudolf von Ihering, al que ya desde antiguo había dedicado páginas bellísimas.

Entre sus ensayos jurídico-literarios e histórico-jurídicos, no puedo dejar de mencionar su ya citada obra sobre *Las ideas penales de Blasco Ibáñez* (29), su sugerente ensayo sobre *Crimen y poesía en la obra de Antonio Machado* (30), además de sus estu-

(28) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 69, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Edersa, Madrid, 2000, pp. 105-114.

(29) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Las ideas penales de Blasco Ibáñez*, Prólogo de Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Extensión Universitaria, Santa Fe (República Argentina), 1966, 188 pp.

(30) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «Crimen y poesía en la obra de Antonio Machado», en ídem, *Nueva Crónica del Crimen*, Edeval, Valparaíso, 1981, pp. 105 ss. (anteriormente en *Boletín de la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, núm. 95-96, ag.-sept. de 1969, pp. 31 ss.).

dios sobre Ihering (31), Feuerbach (32), Dorado Montero (33), los hermanos Lardizábal (34) y otros (35), y sus ediciones críticas de las obras clásicas de Franz von Listz (36), Marat (37) o Juan Pablo

(31) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, «Ihering, un jurista», en *Palabras sobre Ihering*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile, Valparaíso, 1977, pp. 17-35.

(32) Vid. Dr. Anselm RITTER v. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen herausgegeben von Dr. C. J. A. MITTERMAIER, Vierzehnte sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847 (= *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción de la 14.ª edición alemana, Giessen, 1847, por Eugenio Raúl ZAFFARONI e Irma HAGEMEIERS, presentación de Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA y Eugenio Raúl ZAFFARONI, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989).

(33) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Publicaciones del Departamento de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1962, 147 pp.; ídem, «Prólogo, bibliografía y notas» a Pedro DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

(34) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Publicaciones del Departamento de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1962, 147 pp.; ídem, «Prólogo, bibliografía y notas» a Pedro DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

(35) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Publicaciones del Departamento de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1962, 147 pp.; ídem, «Prólogo, bibliografía y notas» a Pedro DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

(36) Vid. la edición de la obra de Franz von LISZT «Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Programm, 1882)», *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Erster Band (1875 bis 1891), J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1905, publicada bajo el título *La idea de fin en el derecho penal*, traducción de Enrique Aimone Gibson, prólogo de Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, Edeval, Valparaíso, 1984. Posteriormente apareció, en España, otra traducción de la misma obra: *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*, Introducción y nota biográfica de José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, traducción de Carlos Pérez del Valle, Editorial Comares, Granada, 1995.

(37) Vid. Jean Paul MARAT, *Plan de legislación criminal*, traducción al castellano por AEL, Estudio Preliminar de Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, Colección Criminalistas perennes, volumen 3, Hammura, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2000. El estudio preliminar de RIVACOBA se titula «Marat o el pensamiento revolucionario en Derecho penal», y ocupa las páginas 13 a 48 del citado libro.

Forner (38). Además, sus muy numerosas *Recensiones críticas*, publicadas en su mayoría en la revista *Doctrina Penal* (de las que recuerdo especialmente las que tuvo la sin par generosidad de dedicar a libros míos o de mis discípulos), sus *Prólogos* a diferentes libros y publicaciones (cuya mención aquí no sería materialmente posible), y sus *Notas necrológicas*, de tal excelencia que respecto de ellas Marino Barbero Santos me confesó su deseo de que él querria que la suya propia fuera redactada por Manuel de Rivacoba (39), el más sublime escritor en lengua castellana de cuantos penalistas él había leído, que recordaba la calidad literaria de los prólogos de Jiménez de Asúa. El destino ha querido que a la muerte de Rivacoba siguiera, pocos meses después, la de Barbero, acaecida en Madrid en 26 de Junio de 2001.

Pero detrás de esta gran obra escrita, de esta vasta y prolífica obra de elevada calidad literaria y científica (Don Manuel de Rivacoba conocía y escribía la lengua española como pocos), hay una ejemplar obra suya no escrita, una cultura hablada, una obra transmitida por la tradición oral. Debe aludirse al deleite que suponían las conversaciones con Manuel de Rivacoba, adicto a las tertulias, que se prolongaban placenteramente durante horas.

Otro aspecto que no quisiera obviar es su obra epistolar. Él mismo, académico antiguo, era riguroso, preciso y puntual, no

(38) Vid. Juan Pablo FORNER, *Discurso sobre la tortura*, Prólogo, edición y notas de Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Edeval, Valparaíso, 1990.

(39) Vid., entre otras, Manuel de RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «José Peco», en *Criminología*, año XXXIII, núm. 2, 28 de febrero de 1967, pp. 109-110; ídem, «Consuncción y tránsito de un jurista ejemplar (Francisco Blasco y Fernández de Moreda, 1906-1974)», en *Revista jurídica argentina «La Ley»*, suplemento del diario del 17 de junio de 1974, pp. 1-6; ídem, «La muerte de Bettiol o el fin de una generación», en *Lex. Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá*, 2.^a Época, año VIII, núm. 22, may.-ag. 1982, pp. 207-217 (también, como anexo, en Giuseppe BETTIOL, *El Problema penal*, traducción de José Luis GUZMÁN DÁLBORA, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, 241-255); ídem, «Ausencia y presencia del Padre Pereda», en *Doctrina Penal*, año 7, núm. 25, en.-mar. 1984, pp. 187-191; ídem, «El fallecimiento del doctor José Antonio Sainz Cantero», en *Doctrina Penal*, año 10, núm. 37, en.-mar. 1987, p. 170; ídem, «Victoria Kent: óbito y obra de penitenciarista española», en *Doctrina Penal*, año 10, núm. 40, pp. 615-622; ídem, «La desaparición de Jiménez Huerta o la muerte del penalismo español en el exilio», en *Doctrina Penal*, año 11, núm. 42, pp. 205-212; ídem, «Ausencia y presencia del Padre Pereda», en *Doctrina Penal*, año 7, núm. 25, en.-mar. 1984, pp. 187-191; ídem, «Profesor Doctor Enrique Casas Barquero. In memoriam», en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*; coordinador: Juan José GONZÁLEZ RUS, Córdoba, 1996, pp. 15-17.

sólo en la obra científica impresa, sino en sus propias cartas. Periódicamente me sorprendía con unas líneas, en folios grandes o en tarjetas, a veces escritas a mano (con una caligrafía rectilínea alternada con algunas curvas muy singulares), y otras en máquina de escribir (nunca en ordenador), que traían siempre desde allende los mares el calor de la cercanía emotiva, el recuerdo cordial de tiempos pasados, la ilusión de momentos por venir. Tengo delante de mí un amplio montón de cartas de Rivacoba, algunas dirigidas a mí y otras a otros miembros de mi familia, en particular a mi hijo Miguel Polaino-Orts, tras las primicias editoriales del mismo, con sus primeras publicaciones, tanto sobre temas de índole literaria, como de cuestiones de Dogmática penal, político-criminales y criminológicas afrontadas en sus incipientes estudios jurídico-penales, y al releerlas ahora, no sólo me asalta el recuerdo de los años idos, sino la emoción por la precisión del dato, la meticulosidad científica y la admiración por los primores de su dicción.

V. CONDECORACIONES Y NOMBRAMIENTOS ACADÉMICOS

Una personalidad tan sobresaliente como la de Rivacoba no podía pasar inadvertida a las condecoraciones y nombramientos universitarios y académicos, que inevitablemente enaltecieron por doquier su figura científica, por más que él rehuyera de la parafernalia de los *honora*. Muy brevemente, y para hacer sólo mención de las más sobresalientes designaciones, puede citarse su pertenencia como Miembro de número de la Academia de Ciencia Sociales, Políticas y Morales (Instituto de Chile), y de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Vizcaya); Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Instituto de España), de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, de Córdoba (España), y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, de Buenos Aires; Profesor honorario o distinguido de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima (Decana de las de América), de la Universidad Nacional del Altiplano, de Puno (Perú), y de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

VI. SEMBLANZA HUMANA Y RECUERDOS PERSONALES

Muchas veces, en numerosas y deliciosas ocasiones, en Sevilla, en Córdoba, en Buenos Aires, en Santiago, en Valparaíso o en Viña del Mar, he tenido la suerte de compartir mesa y mantel con Manuel de Rivacoba, preludio de codiciadas tertulias y vivos debates con el Maestro. ¡Ay aquellas deliciosas sobremesas de conversaciones sobre los más dispares temas, sobre lo divino y lo humano! Era Rivacoba un hombre que se deleitaba hablando, conversando. Y, como excelente conversador, también escuchando. Las conversaciones con él jamás eran unilaterales, nunca eran un monólogo. Poseía un raro don de la palabra, virtud extraña de Académico antiguo, de sabio culto, de erudito sugerente, a la vieja usanza. Prodigaba por igual sus recuerdos a filósofos de la antigüedad clásica (era un profundo conocedor del latín y del griego clásico), como a los ideólogos de las Luces, o a los juristas que alumbraron la cuna de la configuración de la Dogmática penal. Conocía por ejemplo a la perfección el pensamiento y la obra de juristas como Rudolf von Ihering, Franz von Liszt o Max Ernst Mayer, por los que sentía especial predilección y cuyas figuras veneraba sin disimulo. Articulaba las palabras con elevada y envidiable precisión, y con un estilo, un deje, muy propio, muy característico.

Era Don Manuel un raro ejemplar en el panorama del Penalismo contemporáneo y de la Ciencia jurídica conjunta. Creo recordar que él mismo decía pertenecer a otra época, incluso a otro mundo. El exilio le marcó profundamente. Su ausencia física de España le dejó una huella indeleble, que nunca cicatrizó y que se recrudecía día a día. En Hispanoamérica, donde se exilió, desarrolló una inmensa labor universitaria, investigadora, docente y divulgadora, que quizá hasta ahora no se haya valuado en su justo valor. Era, en todo caso, un hombre solitario, con un punto de melancolía y un fondo de nostalgia. Un hombre recóndito, aparentemente inaccesible, paseante solitario por las viejas calles de una ciudad: le recuerdo ahora, como si le estuviera viendo, con un libro recién comprado en una librería de viejo, en Córdoba, pensando, recordando, deambulando, sin rumbo fijo, sin la tiranía horaria, por las bellas calles y plazuelas de la judería. Fue un disconforme constitucional. Por principio estuvo contra el sistema de turno, quizá contra todo sistema, sobre todo contra el convencionalismo de los sistemas. Nunca supo nadar y guardar la ropa. Nadó siempre contra corrien-

te. Hubiera repetido su biografía. Hubiera vuelto a firmar su trayectoria vital, que sin embargo le cobró tan injustos jirones en el camino. El estar de regreso de cualquier experiencia vivencial le hizo conformar una personalidad transida de una interna actitud, mitad irónica y sarcástica, mitad sensible y afectiva, que traslucía una profunda inteligencia y una excelsa calidad humana. Sólo su tardío matrimonio de la madurez le proporcionó algunas ilusiones antes no mostradas: se manifestó con remozada juventud, con renovados bríos, con nuevas ilusiones y esperanzas. Consagró su vida al estudio, a la profunda reflexión y al inteligente raciocinio. Era el último gran penalista clásico en el exilio, y en todo caso uno de los magnos penalistas españoles de una época en vías de extinción.

No quiero terminar esta semblanza sin la mención de otro dato, que ahora, con el decurso de los acontecimientos, de nuevo me conmueve y emociona. En los últimos meses de su vida, yo le había anunciado el inminente envío de algunos de mis últimos trabajos, cuya remisión había demorado en espera de adjuntarle también un ejemplar de mi libro *El injusto típico en la Teoría del delito* (40), ya corregidas las galeras y con eficacia editorial publicado en Corrientes (Argentina) por la editorial Mave (Mario A. Viera Editor), en las postrimerías del año 2000.

En la «Nota preliminar del Autor», que antecede el cuerpo de esta obra mía aparecida en Argentina, al término de su contenido, rendía por mi parte un emocionado y sincero recuerdo de respeto y afecto —permítaseme aquí la cita completa— a «toda una generación de penalistas españoles que, en tristes —en dramáticas— circunstancias, abandonaron de forma históricamente luctuosa su tierra un día, para no volver a pisarla jamás. Querría simbolizar mi recuerdo y mi admiración hacia ellos en la evocación de imperecederos maestros de la Ciencia penal como el Profesor Luis Jiménez de Asúa, calificado (por el Profesor Enrique Gimbernat) como el más importante penalista español de todos los tiempos, cuyo magno e inconcluso *Tratado de Derecho penal* constituye una obra individual difícilmente superable, el Profesor Constancio Bernaldo de Quirós (tan destacado criminólogo e historiador), el Profesor Mariano Jiménez Huerta (a quien se deben estimables trabajos), el Profesor Emilio González López (que dividió su tiempo entre el estudio del Derecho

(40) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Presentación del Prof. Dr. Jorge Eduardo BUOMPADRE, Prólogo del Prof. Dr. Edgardo Alberto DONNA, Mario A. Viera Editor (MAVE), Corrientes, 2000, p. 27.

penal y la enseñanza de español en Nueva York), el Profesor Faustino Ballvé (primer vehículo de conexión entre las doctrinas de Ernst Beling y el mundo hispano), el Profesor Francisco Blasco Fernández de la Moreda (abrazado durante las últimas décadas de su vida a tierras correntinas), todos ellos ya fallecidos, y el Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, eximio historiador, humanista, filósofo y penalista, felizmente aún entre nosotros».

Quiso empero la Providencia que estas líneas de recuerdo personal, antepuestas al texto de mi obra citada, aparecieran a la luz pública sólo unos días antes de la muerte de Don Manuel de Rivacoba, y que mi proyectado envío bibliográfico al maestro quedara sin realizarse, frustrado para siempre, y –lo que es más lamentable– que su sentido se truncara triste y definitivamente con la inesperada muerte, que nos sobrecogió tan de improviso, de nuestro añorado amigo y compañero.

El Profesor Rivacoba, mi querido, mi admirado Don Manuel, luchó siempre por las libertades, sufrió la persecución en sus propias carnes, abogó por un Derecho penal mejor, más humano y comprensivo, cuanto menos ancestral y cruel. Él dedicó toda su vida al estudio del Derecho penal y de la Filosofía del Derecho, en los que aportó sabrosos frutos que son un ejemplo para cualquier penalista. Y lo hizo, además, desde perspectivas varias, complementarias, cultivadas por la mente de un gran pensador, que han quedado esbozadas, siquiera mínimamente, en estas líneas de recuerdo. Por ello, no puede sino aplaudirse la iniciativa de la publicación de un Libro Homenaje dedicado a la memoria de Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, que –de la mano de su discípulo José Luis Guzmán Dálbora– al momento de redactar estas líneas preparan los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni, Sergio Politoff Lifschitz, Jorge E. Figueiredo Dias y Alfonso Serrano Gómez.

Cuando casi caía del calendario el mes de diciembre del año 2000, el Prof. Dr. Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, después de haber asistido en la Universidad Nacional de Buenos Aires, a comienzos del citado mes, a la presentación de la última obra, *Derecho Penal, Parte general*, del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni (tan unido a él por lazos de una antigua amistad) y discípulos, donde intervino con visible emoción junto a algunas autoridades políticas y universitarias del país, sufría en la ciudad de Mendoza un ataque de hemiplejía que le dejaría, con la salud gravemente mermada, definitivamente postrado. No pudiendo Don Manuel superar ese zarpaço a su salud, fue trasladado a Santiago de Chile, donde fallecía

el 30 de diciembre de 2000. Su muerte ha conmocionado a todo el penalismo mundial, especialmente al penalismo de habla española, a este y al otro lado del océano, y ha dejado con un indescriptible sentimiento de vacío a quienes fuimos sus compañeros y amigos, a todos cuantos le conocimos y, por conocerle, le quisimos.

No querría concluir estas sentidas palabras de recuerdo sin citar a un poeta muy querido para Don Manuel. Un poeta que sufrió también en sus carnes las miserias de una guerra, de una confrontación, de una injusticia histórica, que hubo de morir en el exilio francés (después de escribir un verso que recordaba sus lejanos años de mozo: «estos días azules y este sol de la infancia») y que se autodefinió —en su conocido poema *Retrato*— con un verso que bien podría haber firmado el propio Don Manuel: «soy, en el buen sentido de la palabra, bueno». Un poeta sevillano, Antonio Machado, al que el Profesor Rivacoba había dedicado un estudio sumamente sugerente. Vayan ahora estos versos suyos, escritos en memoria de Francisco Giner de los Ríos, fundador del Instituto Libre de Enseñanza, en homenaje a un sabio penalista y, por encima de todo, un hombre bueno que nos acaba de dejar:

*Como se fue el maestro,
la luz de esta mañana
me dijo: Van tres días
que mi hermano Francisco no trabaja.
¿Murió?... Sólo sabemos
que se nos fue por una senda clara,
diciéndonos: Hacedme
un duelo de labores y esperanzas.
Sed buenos y no más, sed lo que he sido
entre vosotros: alma.
Vivid, la vida sigue,
los muertos mueren y las sombras pasan,
lleva quien deja y vive el que ha vivido.
¡Yunques sonad, enmudeced campanas!
Y hacia otra luz más pura
partió el hermano de la luz del alba
del sol de los talleres,
el viejo alegre de la vida santa.*

En Universidad de Sevilla, a 29 de junio (festividad de San Pedro y San Pablo) de dos mil uno.

La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Dedicado a mi discípulo Carlos García Valdés, un amigo que figura entre aquellos que, según se dice, y me confirma mi propia experiencia, a lo largo de la vida sólo se puede encontrar en un número que no alcanza al de los dedos de una mano.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La relación de (cuasi)causalidad en el delito de omisión impropia. A) El entendimiento de la causalidad en la omisión como una relación causal mecánica en los autores del siglo XIX. B) El estado actual de la cuestión: 1. Posiciones que afirman una relación de causalidad (no mecánica) entre inactividad y resultado en la omisión impropia. 2. Opiniones que niegan la relación de causalidad entre inactividad y resultado en la omisión impropia. Toma de posición. 3. La fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non* para imputar un resultado a la omisión: a) La teoría dominante: aa) Exposición de su contenido. bb) Objeciones que se formulan a la doctrina dominante. aaa) Las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad. bbb) Cuando la evitación del resultado que incumbe al garante depende, en última instancia, de la intervención de un tercero, a quien no se le ha dado la oportunidad de actuar, ¿cómo se puede averiguar, teniendo en cuenta la indeterminabilidad de los comportamientos humanos, cuál habría sido el sentido de aquella intervención? La actualidad de este problema en el caso «Lederspray». ccc) La imposibilidad de determinar cuál habría sido el curso de una enfermedad si se hubiera ejecutado el tratamiento médico correcto. cc) Los intentos de la dogmática jurídicopenal para superar las dificultades de la doctrina dominante. b) La exigencia de seguridad de que la acción

omitida hubiera evitado el resultado: *aa*) Exposición de su contenido. *bb*) Crítica. *c*) La teoría de la disminución del riesgo. *aa*) Exposición de su contenido. *bb*) Críticas a la doctrina de la disminución del riesgo: infracción del principio *in dubio pro reo* y transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro. *d*) Resumen y toma de posición.—III. La llamada omisión por comisión. A) Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado. 1. Exposición del problema. 2. Soluciones que se proponen en la doctrina para este grupo de casos. 3. Toma de posición. B. Ruptura de cursos salvadores ajenos. 1. Exposición del problema. *a*) La cuestión en la doctrina. *b*) La cuestión en la jurisprudencia. 2. Soluciones propuestas en la dogmática. *a*) La acción de ruptura constituye un delito de comisión, y el resultado debe ser imputado a dicha acción porque entre ésta y aquél existe una relación de causalidad. *b*) La acción de ruptura constituye un delito de acción, y, a pesar de que entre aquélla y el resultado no existe relación de causalidad, no obstante el agente debe responder por dicho resultado, porque, con una probabilidad rayana en la seguridad, aquél no se habría producido si el autor no hubiera roto el curso causal salvador. *c*) En la ruptura de cursos causales salvadores ajenos no existe ni un delito de acción ni una relación de causalidad, pero el autor debe responder igualmente por el resultado porque ha cometido una omisión impropia. 3. Crítica. *a*) Crítica a los que fundamentan la imputación del resultado a la acción de ruptura porque se trataría de un delito de acción en relación de causalidad con la lesión del bien jurídico. *b*) Crítica a los que, negando la relación de causalidad entre la ruptura de curso salvador ajeno y el resultado, y acudiendo a un procedimiento análogo al que rige para la omisión impropia, imputan el resultado a aquella ruptura siempre que, sin ésta, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se hubiera producido. *c*) Crítica a la solución de la omisión impropia. 4. Toma de posición. *a*) Introducción. *b*) Una tercera forma de realización del tipo junto al delito de acción y a la comisión por omisión: la ruptura de cursos salvadores. *c*) Otra vez: la ruptura de cursos salvadores propios. *d*) La ruptura de cursos salvadores ajenos debe ser sometida también a soluciones diferenciadas. *aa*) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante. *bb*) Ruptura por un no-garante del curso salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante. *cc*) Ruptura por un garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un no-garante. C) La *omissio libera in causa*. 1. Exposición del problema. 2. La construcción de la *omissio libera in causa* no afecta a la omisión propia. 3. Soluciones para, en el caso de la *omissio libera in causa*, imputar el resultado al agente. *a*) Opiniones que, en la *omissio libera in causa*, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a la acción anterior. *b*) Opiniones que, en la *omissio libera in causa*, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a un (real o fingido) comportamiento omisivo. 4. Crítica. 5. Toma de posición. D) Desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo. 1. Exposición del problema. Las distintas soluciones. 2. Toma de posición.—IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me voy a ocupar, por una parte, de la causalidad en la omisión impropia, para tratar de determinar si en esa forma de realización típica existe entre la inactividad y el resultado una relación de causalidad, o de (cuasi)causalidad, o, más bien, algo que no tiene nada que ver, ni de lejos, con cualquier concepto en el que aparezca la expresión «causalidad».

Una vez resuelto ese problema, pasaré a abordar lo que se ha dado en llamar la «omisión por comisión», que recibe ese nombre porque, según una extendida opinión, ahí estaríamos ante supuestos en los que un hacer positivo cumple el tipo de una omisión, propia o impropia según los casos. Como el tratamiento científico de esa supuesta «omisión por comisión» exige tener una idea clara sobre la causalidad, tanto en el delito de acción como en el de omisión, de ahí que los conocimientos adquiridos en la primera parte de este trabajo tengan una decisiva importancia para solucionar los problemas que se plantean en la segunda. Es por ello por lo que me he decidido por agrupar en una única investigación científica el estudio de la causalidad en la omisión impropia y el de la llamada «omisión por comisión».

II. LA RELACIÓN DE (CUASI)CAUSALIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

A. El entendimiento de la causalidad en la omisión como una relación causal mecánica en los autores del siglo XIX

En el último tercio del siglo XIX, y teniendo en cuenta que en la omisión impropia el resultado se le imputa al garante inactivo, un importante sector de la doctrina, para justificar la equiparación entre la acción y la omisión, trató de descubrir en ésta alguna *actividad* a la que se pudiera reconducir, como elemento causal, la modificación en el mundo exterior.

Así, para Luden la causalidad de la omisión habría que buscarla en el movimiento corporal que desarrolla *simultáneamente* el omitente mientras no impide el resultado. Para Krug, Glaser y Merkel, en la acción *anterior* del omitente creadora de la situación de

peligro que después no se evita. Y para Binding, de acuerdo con su teoría de la interferencia, en la «acción interna» que aplica el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.

Todas estas teorías fueron rechazadas –y definitivamente abandonadas– a comienzos del siglo pasado. Contra Luden se alega (1) que si la madre deja morir de hambre al niño, entonces la causa del fallecimiento habría que buscarla –movimiento corporal simultáneo a la omisión– en la acción de tricotar unas medias que llevaba a cabo mientras no le alimentaba, la cual, evidentemente, sólo se puede poner en conexión causal *mecánica* con las medias tejidas, pero no con la muerte del hijo. Contra las teorías de Krug, Glaser y Merkel se opuso que, según ellas, sólo podrían calificarse de omisión impropia –porque sólo entonces habría una acción *anterior* causante del resultado– los supuestos de injerencia, quedando descartadas como comisión por omisión, aquellos otros en los que, por ejemplo, la posición de garante derivaría de una ley, y, además, y como cuando se realiza esa acción anterior no hay dolo –si no estaríamos ante un delito doloso de *acción*–, y como ese dolo surge cuando se ha generado ya la situación de peligro, que, por ello, estas teorías estarían operando con un indefendible *dolus subsequens*. Finalmente se alegó contra Binding, con razón (2): en primer lugar, que la acción interna de reprimir el omitente impropio su impulso de intervenir para evitar el resultado no se traduce en un movimiento corporal –sino sólo en un acto meramente «espiritual»–, y, por consiguiente, tampoco en una causalidad mecánica; y, en segundo lugar, que en la omisión impropia cometida con imprudencia *inconsciente*, y dado que el autor ni se representa la situación de peligro ni, consiguientemente, el resultado lesivo –por ejemplo: no se los representa el guarda de paso a nivel que no baja las barreras, produciéndose la colisión entre el tren y un automóvil, porque está distraído leyendo el periódico–, tampoco aplica ninguna «acción interna» para reprimir un impulso de actuar que ni siquiera se ha representado (3).

(1) Cfr. sólo TRAEGER, 1913, pp. 30-31.

(2) Cfr. sólo TRAEGER, 1904, pp. 65-66; v. LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch, 1932, p. 171.

(3) Para una exposición y crítica de estas teorías de la «causalidad mecánica» de la omisión impropia, cfr.: TRAEGER, 1913, pp. 30 ss.; SCHWARZ, 1929, pp. 8 ss.; HUERTA FERRER, 1948, pp. 155 ss.; RUDOLPHI, 1966, pp. 7 ss.; PFLEIDERER, 1968, pp. 50 ss.; WELP, 1968, pp. 30 ss.; MAURACH, AT, 1971, pp. 588-589; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 618.

B. El estado actual de la cuestión

Ciertamente que, en la actualidad, todavía se sigue afirmando que una omisión y un resultado pueden estar unidos por una relación de causalidad. Pero ésta ya no sería de carácter *mecánico*, sino que consistiría en el entendimiento de la relación causal como una *categoría del pensamiento* que enlazaba antecedentes con consiguientes, por lo que, en ese sentido, no existiría obstáculo alguno en afirmar que un determinado resultado (por ejemplo: la rotura de un cristal) era reconducible tanto a factores positivos (por ejemplo: a que alguien *daba* una patada a un balón) como a negativos (por ejemplo: a que en la trayectoria de la pelota *no* se encontrara una señal de la circulación que hubiera evitado que aquélla hubiera impactado en la ventana) (4). Muy vinculada a esta concepción de la causalidad –y, muchas veces, entremezclada con ella– se encuentra la de aquellos autores que mantienen que toda modificación del mundo exterior tiene su origen tanto en condiciones positivas (el tren arrolla al automóvil) como en condiciones negativas (el guarda de paso a nivel no ha bajado las barreras), ya que la colisión entre el convoy ferroviario y el coche se ha producido por la condición positiva de que se encontraron en un determinado momento en el cruce entre la vía férrea y la carretera, y por la condición negativa de que, al no estar bajada la barrera, el automovilista no habría advertido el peligro, de donde habría que seguir que el resultado no habría sobrevenido –y que, por tanto, ambas son causales– si no hubiera concurrido la condición positiva de ese cruce entre tren y automóvil y no se hubiera dado la condición negativa de que el ferroviario se abstuvo de bajar las barreras (5).

Para otra dirección doctrinal, que puede ser considerada la actualmente mayoritaria, entre omisión y resultado no puede existir relación de causalidad, ya que aquélla se caracteriza por un no-movimiento, y los no-movimientos no pueden producir modificación alguna en el mundo exterior.

(4) El ejemplo es de PUPPE, ZStW 92 (1980), pp. 898-899, y lo utiliza también VOGEL, 1993, p. 156.

(5) Cfr. KISSIN, 1933, p. 28: «Nadie tiene reparos en decir que la flor se marcha porque no se la ha regado»; SPENDEL, JZ 1973, p. 139: «El físico no presentará objeciones para designar la *no*-penetración de la *luz* como condición para el revelado de la película, de la misma manera que la penetración de la luz como motivo de su velado» (cursivas en el texto original).

En lo que, en cualquier caso, existe práctica unanimidad es en que para que un resultado típico sea imputado a una omisión –y prescindiendo de si es posible considerarla o no causa de aquél– es necesario que se pueda afirmar que la acción omitida (por ejemplo: la de alimentar al hijo) habría evitado el resultado (muerte por inanición del niño) con una *probabilidad rayana en la certeza*.

1. POSICIONES QUE AFIRMAN UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD (NO MECÁNICA) ENTRE INACTIVIDAD Y RESULTADO EN LA OMISIÓN IMPROPIA

a) El primer paso para poder afirmar la causalidad en la omisión es el de abandonar la concepción –a la que se califica, peyorativamente, como un producto del pensamiento naturalista o positivista (6)– de que la relación causal consistiría en un *enlace físico-natural* entre acción y resultado (consistiría, por ejemplo, en la conexión que se da en el mundo exterior entre el disparo y la muerte). Frente a esta concepción, una dirección doctrinal que llega hasta nuestros días afirma que la relación causal ha de ser entendida, por el contrario, y apelando a Kant («Todo lo que sucede presupone algo a lo que sigue de acuerdo con una regla») y a Stuart Mill («Al antecedente inmodificable se le llama causa, a la consecuencia inmodificable, el efecto») (7), como una *categoría del pen-*

(6) Cfr. GEORGAKIS, 1938, p. 19: «Ya hemos dicho anteriormente que hoy en día, en la constatación de la causalidad, podemos prescindir de la vieja concepción influida por el pensamiento científiconatural. En las teorías de la causalidad ya no vemos hoy teorías energéticas»; NAGLER, GS 1938, pp. 33, 70-71; SAUER, GS 1940, p. 285.

(7) Cfr. v. HIPPEL II, 1930, p. 137. *Vid.* también SAUER, Frank-FG I, 1930, p. 207: «Justamente, y a menudo, se están pasando por alto dos cosas. En primer lugar, que la causalidad no es una fuerza misteriosa inherente a las cosas, tal como se exterioriza en la actividad muscular humana, sino que consiste, más bien, en el juicio lógico de necesidad que se puede predicar no sólo de un Algo natural, sino también de una Nada natural (en cuyo caso ésta se convierte en un Algo jurídico-social)»; ENGISCH, 1931, p. 32; KISSIN, 1933, p. 28: «Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, es erróneo considerar a la causalidad una fuerza real inherente a las cosas. Sobre esto no existe disputa alguna en la filosofía desde hace tiempo: ya antes de que Kant concibiera la causalidad, en su crítica de la razón, como una categoría relacional derivada de la forma lógica de un juicio hipotético, es decir, como una pura forma del pensamiento, el filósofo inglés Hume había expresado el conocimiento de que la esencia de la causalidad se agotaba en el juicio racional sobre la regularidad de la sucesión de fenómenos»; NAGLER, GS 1938, p. 59 n. 107.

samiento que pone en relación antecedentes con consiguientes, como un *proceso lógico-cognoscitivo* que explica un acontecimiento a partir de las condiciones (positivas y negativas) que le han hecho posible (8): «En referencia a su realización, un resultado no sólo depende de que se hayan producido condiciones positivas a su favor, sino también de que no se hayan dado condiciones negativas que le detengan. Mientras existan estas últimas, es decir, mientras concorra una contra-causa contra el resultado, éste no puede surgir» (9). La idea de que la omisión es causal para el resultado porque su producción sólo es posible si se dan, al mismo tiempo, comportamientos positivos que tienden a ocasionarlo y ausencia de comportamientos negativos (omisiones) que podrían impedirlos, se repite continuamente en los autores que afirman la relación de causalidad entre omisión y modificación del mundo exterior (10).

(8) Cfr. v. HIPPEL, *op. cit.*, p. 160: «Ha de ser rechazado ... el punto de vista ... según el cual, y a menudo, se separa de la causalidad el significado no impediendo de la omisión, es decir, cuando junto a la acción-causal se coloca la supuestamente no-causal omisión, la cual, sin embargo, habría de ser tratada analógicamente. No existe ningún motivo para tal desgarramiento. Pues nosotros, sin duda alguna, nos servimos en ambos casos del concepto causal como forma de nuestro conocimiento. Ese concepto es, por consiguiente, el supraconcepto común al que pertenecen, como supuestos de aplicación, tanto el provocar en la acción como el no-impedir en la omisión»; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 172: «... en la causalidad no se trata de “acontecimientos”, de despliegues mecánicos de fuerza, de series de desarrollo, sino solamente de una vinculación lógica de la teoría del conocimiento de dos realidades; no se trata de un ser o de un devenir físicos, sino nada más que de una forma de nuestro pensamiento y conocimiento»; GEORGAKIS, 1938, p. 19: «Si se concibe la causalidad como una forma de nuestro pensamiento y de nuestro conocimiento y a la relación causal como una vinculación lógico-teóricocognoscitiva, entonces es evidente que en las omisiones la no evitación del resultado es “causal” para su producción»; Eb. SCHMIDT, 1939, p. 86; VOGT, *ZStW* 63 (1951), pp. 390 («forma del pensamiento»), 410 («categoría del conocimiento»); *Fundamentación del E* 62, p. 124; VOGEL, 1993, pp. 157-158, n. 68 («forma del pensamiento»).

(9) v. ROHLAND, 1908, pp. 14-15. V. también, en el mismo sentido, M. E. MAYER AT, 1915, pp. 149 ss.; FRANK, *StGB*, 1931, pp. 16-17; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, pp. 172-173: «... los delitos cometidos por omisión no presentan nada problemático, en cuanto que se trata únicamente de la relación causal típica necesaria entre no-evitación del resultado y producción del resultado».

(10) Cfr., por ejemplo, y además de los autores citados en la nota precedente, NAGLER, *GS* 1938, pp. 59-60; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 54, 56-57, 59; el mismo, *PG*, 1977, p. 307; CÓRDOBA, *Comentarios I*, 1972, p. 9; SPENDEL, *JZ* 1973, pp. 139, 140; COUSIÑO, *I*, 1975, pp. 379-380, 385; DEL ROSAL, *I*, 1976, pp. 658, 663; PUPPE, *ZStW* 92 (1980), pp. 899 («Para explicaciones causales completas las negaciones no son sólo admisibles, sino imprescindibles»), 911 («Causa es toda parte esencial de la condición, y no sólo fuerzas y modificaciones. En espe-

b) A la misma conclusión de que existe una relación de causalidad entre omisión y resultado llega Engisch, a quien, por la enorme influencia que tuvo y sigue teniendo su monografía sobre la

cial, no se ve ningún motivo por el que no se deban admitir a las negaciones en las explicaciones de la causalidad. Por ello, también la omisión ... debe ser concebida como causación del resultado»); la misma, ZStW 95 (1983), p. 301: «Toda explicación causal implica, expresa o implícitamente, la ausencia de condiciones perturbadoras»; la misma, JR 1992, p. 33; la misma, JZ 1994, p. 1148; la misma, NK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 105-107; KINDHÄUSER, GA 1982, p. 497; SAINZ CANTERO, II, 1985, pp. 264-265; VOGEL, 1993, pp. 156 («Por consiguiente, también condiciones negativas –es decir, hechos descritos negativamente– pueden ser partes esenciales necesarias de una condición mínima suficiente, y, con ello, causales»), 156-157 («Hechos descritos negativamente explican un resultado tan bien –y tan “real”– como los descritos positivamente. En especial, las leyes vigentes causales y naturales pueden ser formuladas también con condiciones negativas»); COBO/VIVES, PG, 1996, p. 389; MOLINA, 2001, p. 673 n. 115.

Armin KAUFMANN, 1959, partidario también de la fórmula de la *conditio sine qua non* para determinar la causalidad, mantiene asimismo que la omisión, como condición negativa, es causa del resultado: «No tengo nada que objetar a considerar causal la falta de una determinada aplicación de energía característica de la omisión. Un elemento del concepto de omisión, a saber, la ausencia de una determinada acción (de la omitida), es causal, por consiguiente, para acontecimientos o para la no producción de acontecimientos. Y en tanto en cuanto, y teniendo en cuenta la causalidad de la acción (omitida), se puede designar también a “la omisión” como “causal”» (pp. 60-61). No obstante, lo que Armin KAUFMANN niega es la relación de causalidad entre el omitente y la omisión: «Pero debemos seguir preguntando: ¿El omitente es causal para la ausencia de la acción omitida, para la ausencia de una correspondiente aplicación de energía? Y la respuesta a esta pregunta sólo puede ser: no. Porque puedo “suprimir *in mente*” al omitente sin que desaparezca lo omitido ... No existe ninguna relación causal entre el omitente y la acción omitida» (p. 61). Lo que sostiene Armin KAUFMANN es, pues, lo siguiente: La omisión, como condición negativa (no bajar las barreras), es causal para el resultado, porque si añado *in mente* la acción omitida (se bajan las barreras) el resultado (accidente) desaparece. Pero el omitente (el guarda de paso a nivel) no es causante de esa omisión, porque, si yo suprimo *in mente* a aquél, las barreras siguen sin estar bajadas. En definitiva, y por consiguiente, Armin KAUFMANN niega en estos casos la relación de causalidad, y debe ser agrupado, por ello, dentro de la dirección que se expone *infra* 2, pero no porque para él la omisión no sea causal (que sí que lo es), sino porque el omitente no es causal para la omisión y, con ello, tampoco para el resultado». La rebuscada construcción de Armin KAUFMANN para negar la relación de causalidad no ha encontrado ningún eco en la literatura posterior (a favor de ella, sin embargo, BACIGALUPO, 1970, p. 79), siendo criticada ya, al poco tiempo de ser formulada, por ENGISCH, JZ 1962, p. 190: «“El hecho es del autor”, tanto si el hecho consiste en un hacer como en un omitir. Con la tesis de Kaufmann: “puedo suprimir *in mente* al omitente sin que desaparezca lo omitido”, no puedo simpatizar, porque no me puedo imaginar un omitir sin un omitente».

causalidad de 1931 (11), todavía se sigue apelando como argumento de autoridad que avala esta dirección doctrinal (12): «El concepto de condición que hemos establecido», escribe Engisch (13), «y según el cual un comportamiento es causa de un resultado cuando este resultado se encuentra unido de acuerdo con las leyes [de la naturaleza] por una serie de cambios, se refería, provisionalmente, al comportamiento en el sentido del hacer positivo, es decir, de la aplicación de energía en una determinada dirección, especialmente, de la ejecución de un movimiento corporal de una determinada especie. Pero en el concepto de comportamiento también se incluye al omitir como no-hacer-algo, como la no aplicación de energía en una determinada dirección, especialmente, como no ejecución de un movimiento corporal de una determinada especie ... El problema es éste: ¿si y cómo es posible que de un no-hacer-algo resulte, como causa, un resultado positivo, una modificación perceptible en el mundo exterior como efecto? *Ex nihilo nihil fit!*». Y a esta pregunta contesta Engisch afirmando la causalidad de la omisión de la siguiente manera (14): «Ya para la fórmula de la *conditio sine qua non*, en general, no se presentan dificultades (15). Si un comportamiento es causal si no puede ser suprimido *in mente* sin que desaparezca el resultado, entonces rige lo mismo para la omisión de un hacer positivo que hubiera evitado el resultado ... El que incluso puedan dudar de la causalidad de la omisión partidarios de la teoría de la condición entendida lógica y no metafísicamente, a pesar de que también se da la causalidad, en principio, para la fórmula de la *conditio sine qua non*, sólo puede explicarse porque, repentinamente, deslizan en el concepto causal una idea de fuerza. Pero todas las objeciones desaparecen si se tiene claro que causar no significa: producir cambios mediante fuerzas reales, sino: figurar en relaciones conforme a leyes [de la naturaleza] con fenómenos subsiguientes en el tiempo».

(11) Citada en la bibliografía del presente artículo.

(12) Cfr. sólo SPENDEL, JZ 1973, p. 139; PUPPE, ZStW 92 (1980), p. 895; la misma, ZStW 95 (1983), p. 300; BLEI, AT 1983, p. 316; VOGEL, 1993, p. 156; HILGENDORF, NStZ 1994, p. 564; RUDOLPHI, SK 2001, antes del § 13 n. m. 43.

(13) 1931, p. 29.

(14) *Op. cit.*, pp. 30, 31.

(15) ENGISCH hace esta afirmación a efectos dialécticos, ya que en la misma monografía (cfr. 1931, Prólogo, pp. 15-16) rechaza esta fórmula como procedimiento seguro para determinar la condicionalidad de una acción con un resultado.

c) Un ulterior razonamiento al que se acude para fundamentar el nexo causal entre una omisión y un resultado consiste en recordar que, de acuerdo con la fórmula de la *conditio sine qua non*, también en el delito de acción la relación de causalidad se establece mediante un proceso *hipotético*: una acción es causal para un resultado cuando si se *suprime* aquélla *in mente* (es decir: hipotéticamente) desaparece el resultado (si suprimo el disparo, la muerte de la víctima desaparece) (16). De ahí que sería igual de legítimo acudir a otro procedimiento hipotético para afirmar, de manera *análoga*, la causalidad de la omisión: ésta será causal para el resultado cuando si añadido *in mente* (es decir: hipotéticamente) la acción omitida (alimentar al hijo) desaparece el resultado (la muerte por inanición).

Como fundamento único o complementario para demostrar la causalidad de la omisión, ha acudido a este argumento de que, si en el hacer el nexo causal se establece mediante la supresión hipotética de aquél, el mismo procedimiento hipotético adaptado al no-hacer serviría para concluir que también en el no-hacer se da ese nexo causal, por ejemplo Mezger (17): «... en los delitos comisivos por omisión la cuestión de la causalidad se plantea exactamente de la misma manera y exactamente de las mismas formas que en el hacer activo: sólo que no con relación a la omisión como tal, sino con relación a la acción positiva imaginada y a su resultado. La pregunta decisiva se expresa así: ¿se habría impedido con la “acción esperada” el resultado desaprobado por el Derecho? Si esta pregunta se contesta afirmativamente, entonces la omisión ha sido causal para el resultado». Y también, y entre otros, Rodríguez Mourullo (18) («Cuando se invoca como prueba de la irrealidad de un nexo causal en la omisión la necesidad de referirnos a la potencial trascendencia de la acción no realizada, se olvida que una referencia paralela, de idéntica índole, es precisa igualmente para determinar la causalidad de la acción positiva. En efecto, se dice que la acción es causal cuando suprimida mentalmente desaparecería el resultado. Pero entonces también estamos remitiéndonos a la posible trascendencia que hubiera tenido la

(16) Sobre la fórmula de la *conditio sine qua non* aplicada al delito de acción cfr. GIMBERNAT, 1966 (1990), pp. 125 ss.

(17) STRAFRECHT, 1933, p. 136.

(18) 1966, p. 65 (cursiva en el texto original). Vid. también el mismo, PG, 1977, p. 307.

omisión de la acción ejecutada. A través del juicio hipotético referido a la potencial causalidad de la acción ejecutada, podemos llegar a la conclusión de que la omisión *realmente* no impidió el resultado, al igual que, mediante el juicio hipotético referido a la omisión de la acción efectivamente ejecutada, podemos llegar a la conclusión de que dicha acción causó el resultado. En ambos casos, en virtud de esos juicios hipotéticos, captamos categorías reales», y Blei (19) («La solución reside en la circunstancia de que el omitir jurídicopenal no es un simple “no hacer”, sino un “no hacer *algo*”. Por ello, un omitir es *causal* para un determinado resultado cuando aquel “*algo*” hubiera evitado este resultado. Existe, por consiguiente, un paralelismo completo entre la causalidad del hacer activo y la “causalidad” del omitir; allí, en la causalidad del hacer activo, “algo” que se hizo no puede ser *suprimido in mente* sin que, con ello, desaparezca el resultado; aquí, en la “causalidad” de la omisión, “algo” que se omitió no puede ser *añadido in mente* sin que no se hubiera evitado el resultado») (20).

d) Desde Engisch (21) un ulterior argumento que se utiliza para fundamentar la causalidad de la omisión consiste en ponerla en relación con la estructura de lo que se ha dado en llamar «interrupción de cursos salvadores ajenos» (22), de la que pueden servir como ejemplos el del autor que *ata* a un guardagujas para que éste *no* accione la palanca, produciéndose, entonces, un choque frontal de trenes, o el de quien *sujeta* a una persona que está a punto de rescatar a otra que se está ahogando, para que aquélla *no* pueda ejecutar su acción de salvamento. Como veremos más adelante(23), en

(19) AT, 1983, p. 315 (cursivas en el texto original).

(20) Cfr., en el mismo sentido que estos autores, y entre otros: ENGISCH (*supra* nota 14, si bien, y como hemos visto, ENGISCH establece el paralelismo entre acción y omisión sobre la base de la fórmula de la *conditio sine qua non* sólo a efectos dialécticos, ya que él rechaza esa fórmula, en general, como procedimiento para averiguar la causalidad de un determinado comportamiento); v. WEBER, *Grundriss*, 1948, pp. 60-61; ANDROULAKIS, 1963, pp. 84-85, 90, 101; WOLFF, 1965, p. 55; RÖDIG, 1969, p. 133 («Por lo que se refiere a la causalidad ... ni en el caso de la omisión ni en el caso del hacer se puede evitar un pensamiento con alternativas, es decir, un pensamiento igualmente fuera de la “realidad histórica”»); ZAFFARONI, III, 1981, pp. 456-457; SÁINZ CANTERO, II, 1985, p. 264; KÖHLER, AT, 1997, pp. 228, 229.

(21) Cfr. 1931, pp. 27 ss.

(22) Sobre esta figura cfr. *infra* III B.

(23) Cfr. *infra* III B 2.

todos estos casos la doctrina dominante afirma: en primer lugar, que en estos supuestos estamos ante un delito de *acción* cometido por quien ha interrumpido el curso salvador; y, en segundo lugar, que entre esas acciones (*atar* al guardagujas, *sujetar* a la persona que iba a salvar a quien se estaba ahogando) y los resultados típicos (choque de trenes, muerte por ahogamiento de la víctima) existe una relación de causalidad.

Como lo que caracteriza a la interrupción de cursos salvadores ajenos es que, en definitiva, no es más que una *condición negativa* del resultado (el choque de trenes se produce, positivamente, porque éstos colisionan frontalmente, y, *negativamente*, porque, por la intervención *activa* de un tercero, *no* se han cambiado las agujas), y que la relación de causalidad se establece hipotéticamente (la colisión se *habría* impedido si ese tercero no hubiera atado al guardagujas, porque entonces éste *habría* accionado la palanca), y como, por lo que se refiere a su estructura causal, no existe diferencia alguna entre la interrupción de cursos salvadores ajenos y la omisión impropia (también ésta es una condición negativa del resultado típico: el hijo muere de inanición porque la madre *no* le alimenta, y la relación de causalidad también se establece hipotéticamente: el niño *no habría* muerto si la madre le *hubiera* alimentado), de ahí se hace seguir que, por los mismos motivos que en el primer caso se afirma que quien interrumpe el curso salvador ajeno causa el resultado, también hay que mantener lo mismo respecto del omitente impropio: «Con la ayuda de la condición conforme a las leyes [de la naturaleza] se puede concebir también, fácilmente, la causalidad en la interrupción de cursos salvadores. Si A interrumpe un proceso causal salvador, si, por ejemplo, impide que B salve a C, que se está ahogando ..., entonces su actuar figura en una relación, de acuerdo con las leyes causales, con el ahogamiento de C, en tanto en cuanto ha interrumpido un proceso causal que, de acuerdo con nuestro saber empírico, habría evitado la producción típica del resultado ... Algo análogo rige para el problema de la causalidad del omitir. La omisión de una acción determinada figura con la producción del resultado injusto típico en una relación conforme a las leyes [de la naturaleza] cuando la acción no ejecutada ... habría impedido el resultado. Ciertamente que hay que conceder que, al contrario de lo que sucede con quien actúa, el omitente no ocasiona el resultado mediante aplicación real de fuerza ...; pero esto no es óbice para constatar que la omisión de una determinada acción y

la producción del resultado figuran en una relación conforme a las leyes [de la naturaleza]» (24).

2. OPINIONES QUE NIEGAN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE INACTIVIDAD Y RESULTADO EN LA OMISIÓN IMPROPIA. TOMA DE POSICIÓN

a) La doctrina dominante mantiene que entre una omisión y un resultado no puede existir relación de causalidad. *Y con razón*, como paso a exponer a continuación.

En un sentido científiconatural la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de (por que no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, por que mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción *energética* de un resultado: *ex nihilo nihil fit* (25). Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científiconaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desenca-

(24) RUDOLPHI, SK, 2001, antes del § 1 n. m. 43. Argumentan también en este sentido, y entre otros: ENGISCH, 1931, pp. 27 ss.; NICKEL, 1972, pp. 44 ss.; PUPPE, ZStW 92 (1980), pp. 899-900, 903 ss., 905, 911.

(25) La misma idea se recoge en otra frase latina: «*Nam nihil ex nihilo existere vera sententia est*» («Porque que de la nada nada surge es una sentencia verdadera»). En la jurisprudencia cfr., por todas, la sentencia del TS de 1 de junio de 1992, A. 5203: «Las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa».

Mantienen que no existe una auténtica relación de causalidad en la omisión, y además de los autores que se citan en las notas subsiguientes: RADBRUCH, 1904, p. 132; SÁNCHEZ TEJERINA, 1918, pp. 25, 71; HUERTA FERRER, 1948, p. 158; ANTÓN, PG, 1949, p. 172; LARENZ, NJW 1953, p. 686; DÍAZ PALOS, 1953, p. 80; GRÜN-WALD, GA 1959, p. 122; NOVOA, PG, 1960, pp. 277, 306; el mismo, DP 1983, p. 36; el mismo, 1984, pp. 53, 164 ss.; HARDWIG, ZStW 74 (1962), p. 31 n. 2; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 8-76, 16-75; BUSTOS, Derecho penal latinoamericano, 1981, p. 157; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, 1999, pp. 206/207; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 1984, p. 61; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, pp. 584, 585; GÜNGTGE, 1991, p. 20; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, 1994, pp. 386-387; ROMEO, 1994, p. 35; RIGHI/FERNÁNDEZ, Derecho penal, 1996, p. 256; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 96; BERDUGO y otros, PG, 1996, p. 152; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 424; DE LA MATA, 1997, p. 396; CEREZO, PG, II, 1998, pp. 30-31, 51; el mismo, PG, III, 2001, pp. 253, 256; MUÑOZ CONDE, PG, 2000, p. 277; GRACIA, 2001, p. 437.

denado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque *no* ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si *hubiera* actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.

b) De los argumentos a los que acuden quienes defienden la causalidad de la omisión, ninguno de ellos puede convencer.

aa) La causalidad no es ni una categoría del pensamiento, ni un proceso lógico-cognoscitivo, ni una forma de nuestro pensamiento y conocimiento que enlaza *intelectualmente* un antecedente con un consiguiente. La vinculación intelectual entre uno y otro sólo es verdadera si lo que nuestro conocimiento capta es una relación físiconatural que ha tenido lugar en la realidad, ya que, como con razón mantiene la doctrina dominante, la causalidad es una *categoría del ser* (26). Ciertamente que es nuestro pensa-

(26) Cfr., por ejemplo, BOCKELMANN, 1961, pp. 450-451: «La idea de una relación de causalidad que sólo consiste en una vinculación lógica de los hechos, sin que esa vinculación se corresponda con algo objetivo, no es la idea de la existencia, sino la de la no-existencia de la causalidad»; Arthur KAUFMANN, 1961, pp. 450/451: «Pero esta pregunta: ¿Qué es lo que ha sucedido realmente?, no la formula la doctrina dominante en el delito de omisión dentro del marco de la causalidad. Más bien pregunta: ¿Puede añadirse *in mente* la acción omitida (es decir, un acontecer *no real*) sin que desaparezca el resultado? Pero ésto no es una constatación de la causalidad. Si, para utilizar el viejo ejemplo, muere el niño al que la madre no le alimenta, entonces aquí la muerte es (como no podría ser de otra manera) la consecuencia causal de un acontecimiento real, fáctico y positivo: el niño, para decirlo brevemente, se ha muerto de hambre. Que no se *hubiera* muerto si la madre *hubiera* cumplido su obligación, no tiene nada que ver con la causalidad. La causalidad no puede consistir en un *Irrealis Plusquamperfecti*. Por ello, la omisión, como tal, nunca es causal. La idea de que entre un no-hacer (es decir, entre algo no-real) y un acaecimiento pueda existir una relación de causalidad en la realidad sólo puede haber surgido sobre la base de la concepción de que la causalidad no es real, sino algo que sólo existe en el pensamiento» (cursivas en el texto original); Arthur KAUFMANN/HASSEMER, JuS 1964, p. 152: «... el neokantismo de la escuela sudoccidental alemana ... que concebía la causalidad como una categoría del pensamiento, que, como todo el mundo exterior, sólo existe como *vivencia espiritual*, como una sucesión regular en la cabeza de las personas. Pero prescindiendo de que sólo tiene sentido concebir la causalidad como un Real ...»

miento el que enlaza lógico-cognoscitivamente un antecedente con un consiguiente. Pero si éste no es reconducible físiconaturalmente a aquél (por ejemplo: antes de Galileo se creía que el sol aparecía por el horizonte *porque* aquél giraba alrededor de la Tierra, siendo así que la *causa real* reside en que es ésta la que da vueltas en torno a aquél), entonces se trata de un pensamiento *equivocado* porque *no se corresponde* con la causalidad real ontológica. El enlace intelectual entre antecedente y consiguiente sólo es correcto, por tanto, cuando *coincide* con la causalidad físiconatural: la casualidad no está en la cabeza de las personas, el pensamiento *no crea* la causalidad: la causalidad es, por el contrario, una realidad ontológica ajena a la persona que la piensa, y que, ciertamente, puede ser *captada* por ésta, pero sólo en tanto en cuanto la relación que establece entre un antecedente y un consiguiente *se corresponda*, realmente, con el enlace físiconatural que ha acontecido en la realidad.

bb) Otro argumento al que acuden quienes defienden que también se da una relación de causalidad entre omisión y resultado consiste en afirmar que éste sólo puede surgir cuando se dan *condiciones positivas* que tienden a producirlo y ausencia de *condiciones negativas* que tienden a impedirlo. Pero si *tan causa* de la muerte del conductor del automóvil fuera la condición positiva de que el tren arrolló al coche en un paso a nivel como la condición negativa de que el guarda de éste no bajó las barreras, entonces no sólo el empleado de ferrocarriles, sino asimismo cualquier particular que, advertido del peligro y pudiendo hacerlo, no hubiera bajado esas barreras, tendría que responder de un delito contra la vida en comisión por omisión, lo que está en contradicción con la doctrina absolutamente dominante, que mantiene que sólo se responde del resultado si, *además* de haber colocado una condición negativa,

(*cursivas en el texto original*); BÄRWINKEL, 1968, pp. 32-33; WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 43: «El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una vinculación meramente lógica y, menos aun, una “intelectual” de varios acaecimientos, sino una relación –ciertamente no perceptible– conforme a las leyes [de la naturaleza], y aprehensible por el pensamiento, de la sucesión de acontecimientos reales, y es, por consiguiente, tan real como el acontecimiento mismo»; SILVA, 1986, p. 230; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 618: «Actualmente se rechaza, mayoritariamente, una causalidad de la omisión, en el sentido de un ocasionamiento del resultado. La causalidad, como categoría del ser, exige una fuente real de energía que sea capaz de producir un despliegue de fuerza, y precisamente ésto es lo que le falta a la omisión (*ex nihilo nihil fit*)»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

se ostenta una posición de garante, mientras que quienes no la tienen responden, como mucho y si esa inactividad está tipificada como tal, por una omisión propia. Formulando esta objeción (27) con otras palabras: Si las condiciones positivas (disparar contra otro, matándolo) y las condiciones negativas (no impedir el disparo) *tuvieran el mismo carácter causal*, entonces toda no evitación posible de un resultado fundamentaría una omisión impropia: si en la omisión se exige, *además* y para que sea imputable la producción del resultado, una posición de garante, entonces ello sólo puede querer decir que la condición negativa *no es equiparable* a la posi-

(27) Alegada, convincentemente y entre otros, por: Armin KAUFMANN, 1959, pp. 252/253 («Porque si la no-evitación del resultado es causación del resultado de la misma manera que la producción del resultado, entonces, dentro de la tipicidad, no existe espacio para exigencias *adicionales* en la “omisión impropia” ... Si se exige, por ejemplo, para la realización del tipo del § 212 StGB [homicidio] ... sólo la causación de la muerte de una persona, entonces, y si se considera que el omitente es causal del resultado, también esta omisión es ya típica. Y ello no depende de la posición de garante como criterio adicional», cursiva en el texto original), 267; WELP, 1968, p. 73; MIR, Adiciones, 1981, p. 845: «¿Por qué, si efectivamente produjere el resultado de muerte (“matase”) todo aquel que pudiendo evitar la muerte de una persona no lo hace, no es considerado seriamente por nadie como autor de un homicidio más que si además se encuentra en posición de garante –pese a que el art. 407 [CP 1973: homicidio] *sólo* requiere que se mate? Sólo cabe una respuesta a estos interrogantes: porque por omisión no se puede causar en sentido propio el resultado típico» (cursivas en el texto original); SILVA, 1986, pp. 235 («Desde el punto de vista de dicha adecuación sistemática del concepto, la causalidad debe entenderse como una vinculación de carácter real, naturalístico. Tal causalidad, constituida en columna vertebral de la imputación objetiva del resultado en los supuestos de comisión activa, no concurre, pues, ni en la omisión ni, en general, en las condiciones negativas. Que las cosas han de ser así, lo pone de relieve la propia existencia del concepto de comisión por omisión, como expresión de las omisiones equiparables a las comisiones activas. En efecto, de acoger otro concepto de causalidad, según el cual fueran igualmente causales las condiciones positivas y las negativas, toda omisión debería dar lugar a responsabilidad por el resultado en la misma medida que la comisión. Consiguientemente, carecería de sentido afirmar que sólo las omisiones de determinados sujetos especialmente responsables (garantes) se encuentran en tal situación. En definitiva, no sería precisa la configuración de las “omisiones de garante” como únicos supuestos en que es posible construir una responsabilidad por omisión equivalente a la comisiva. Sin embargo, si la estructura de la comisión por omisión existe –y nadie pone en duda la necesidad de su existencia, sino más bien sus límites– es precisamente porque en la omisión (y valga lo mismo para las condiciones negativas, en general) falta una relación de causalidad comparable a la existente en la comisión efectiva», 237 n. 2; el mismo, 1994, pp. 32/33; HUERTA TOCILDO, 1987, p. 51; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 424.

tiva en el plano causal, porque a quien coloca ésta (por ejemplo, disparando y causando positivamente la muerte de otro) se le hace responder de esa muerte independientemente de si es garante o no lo es.

cc) El argumento de que si la causalidad de la acción se determina mediante la consideración *hipotética* de si, suprimiendo aquélla *in mente*, desaparecería el resultado, existe entonces un *paralelismo causal* en el caso de la omisión, ya que, para determinar la causalidad de esa omisión, también hay que acudir a la consideración hipotética de si, añadida *in mente* la acción omitida, desaparecería el resultado, sólo puede tener fuerza de convicción para quienes mantienen que la fórmula de la *conditio sine qua non* es el procedimiento idóneo para poder establecer si existe un nexo de causalidad entre un hacer positivo y un resultado.

Sin embargo, y como he expuesto en otro lugar (28), en el delito de acción lo que sucede es que esa fórmula escamotea la auténtica conexión ontológica entre hacer y resultado, sustituyéndola por una ficticia que, precisamente por serlo, lleva a negar relaciones de condicionalidad realmente existentes cuando está presente una cadena causal en marcha que habría entrado en juego, sustitutivamente, en el supuesto de que la acción *realmente ejecutada y realmente causal* no se hubiera realizado. De lo que se sigue: La fórmula de la *conditio sine qua non* adaptada a la omisión no puede demostrar su causalidad, porque en el delito de acción esa fórmula *carece también de validez alguna* para acreditar la relación causal entre un comportamiento positivo y un resultado.

Para finalizar quiero ocuparme todavía de los dos últimos argumentos que se manejan para fundamentar una pretendida relación de causalidad entre omisión y resultado.

dd) Engisch, quien rechaza la fórmula de la *conditio sine qua non* como procedimiento para averiguar la condicionalidad de una acción respecto de un resultado, y mantiene que esa condicionalidad sólo es posible acreditarla si, prescindiendo de cualquier posible proceso causal hipotético, se puede establecer que entre la acción y el resultado existe una conexión conforme a las leyes de la naturaleza (29), afirma que, de acuerdo con ese criterio, también se puede predicar la causalidad de la omisión, ya que ésta asimismo «figura[r] en relaciones conforme a leyes [de la naturaleza] con fenóme-

(28) Cfr. GIMBERNAT, 1966 (1990), pp. 125 ss.

(29) Cfr. 1931, pp. 15-16.

nos subsiguientes en el tiempo» (30). Es cierto que para poder afirmar que una acción omitida hubiera impedido el resultado tengo que tener en cuenta las leyes de la naturaleza, porque sólo si las conozco es posible concluir que la alimentación (omitida) del bebé habría evitado su muerte por inanición. Pero que tanto en la acción como en la omisión se tenga que hacer referencia a leyes naturales no puede diluir la diferencia que existe, causalmente, entre aquélla y ésta: en la acción el sujeto *ha puesto en marcha* una energía que, conforme a una ley, ha desembocado *realmente* en el resultado (ha disparado, matando a otro), mientras que en la omisión el omitente *no ha ejecutado una acción* (alimentar al hijo) que, conforme a las leyes naturales, *podría* haber evitado el resultado (31).

ee) Por último, y para poder concluir que la omisión es causal, se alega que en la interrupción de cursos salvadores también se acude –como en la omisión impropia– a un proceso causal hipotético (si el autor *no hubiera* atado al guardaguñas, éste *hubiera* podido efectuar el cambio de vías, y el accidente *no se habría* producido), no obstante lo cual la doctrina dominante afirma que en tales casos sí que existe una auténtica relación de causalidad. Como vamos a ver enseguida (*infra* III B 3), sin embargo, lo que sucede es que ahí la doctrina dominante se equivoca, ya que en la interrupción de cursos causales salvadores, y precisamente porque hay que operar con procesos causales hipotéticos, tampoco existe una relación de causalidad –como no existe en la omisión impropia– entre la acción generadora de la inactividad y el resultado producido.

3. LA FÓRMULA (ADAPTADA) DE LA CONDITIO SINE QUA NON PARA IMPUTAR UN RESULTADO A LA OMISIÓN

Con el intento de demostrar que la omisión es tan causal del resultado como lo puede ser un hacer positivo de lo que se trata es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad, porque, si se mantiene que las expresiones legales de, por ejemplo, «matar» o «producir el aborto de una mujer» o «incendiar» significan *causar* en sentido físico-natural una muerte o un aborto o un incendio, sería imposible subsu-

(30) Cfr. *supra*, n. 14.

(31) Contra ENGISCH, en el mismo sentido que aquí y con una parecida argumentación, NICKEL, 1972, p. 41.

mir en, respectivamente, los artículos 138 ss, 144 ss. y 351 ss. CP, sin infringir el *nullum crimen sine lege*, cualquier clase de omisión por muy impropia que ésta sea (32). Con el movimiento legislativo de positivación en la Parte General de los Códigos Penales de la comisión por omisión (33), y que en la legislación española ha sido abordado, por primera vez, en el artículo 11 CP 1995, se intenta, prioritariamente, superar de forma definitiva esa objeción, formulada desde siempre por un cualificado sector de la doctrina (34), de que la punición de la omisión impropia sólo sería posible violando el principio de legalidad.

Prescindiendo de la opinión de quienes piensan, minoritariamente, que sin una cláusula general que *equipare legalmente* la omisión impropia a la acción, tal como sucede en el vigente artículo 11 CP, la subsunción de aquélla en un tipo penal sólo se puede hacer sacrificando el principio de legalidad, lo cierto es que *la discrepancia entre los que afirman y los que niegan un nexo causal entre omisión y resultado carece de consecuencias prácticas*, ya que tanto unos como otros acuden, predominantemente, a la misma fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non*: una omisión impropia es causal –o (cuasi)causal– si, añadida *in mente* la acción omitida, desaparece el resultado, si bien los primeros sostienen que con esa fórmula se determina una *auténtica* relación de causalidad entre un no-hacer y un resultado típico, mientras que los segundos prefieren hablar, a veces utilizando simultáneamente más de una de esas expresiones, de una «(cuasi)causalidad» (35), de una

(32) Sobre estas dificultades para considerar típicas las omisiones impropias, si se niega su causalidad con el resultado, cfr. sólo ALLFELD, Lehrbuch, 1934, p. 11; NICKEL, 1972, pp. 33 ss., con ulteriores indicaciones bibliográficas; VOGEL, 1993, pp. 99, 127-128.

(33) Del que ha servido como modelo el § 13 del StGB, introducido en 1969.

(34) Cfr. sólo H. MAYER, AT, 1953, p. 119; el mismo, 1954, p. 275; el mismo, Studienbuch AT, 1967, pp. 75, 81; GRÜNWARD, 1956, pp. 44 ss., 50, 51, 56 y 60; el mismo, ZStW 70 (1958), pp. 412-413, 416-417; Armin KAUFMANN, 1959, pp. 255 ss.; SCHÖNE, 1974, pp. 277-278, 280-281, 341; el mismo, JZ, 1977, p. 152 n. 2; SCHÜRMAN, 1986, pp. 156 ss.

(35) Así, por ejemplo, ZU DOHNA, Aufbau, 1950, p. 21; SCHAFFSTEIN, 1970, p. 172; SCHÜNEMANN, 1979, p. 207; el mismo, wistra 1982, p. 45; SILVA, 1986, p. 212; KUHLEN, 1989, p. 122 n. 121; el mismo, NSTZ 1990, pp. 569, 570; MEIER, NJW 1992, p. 3197; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 5 n. m. 23; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss. n. m. 71-72; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

«causalidad en sentido figurado» (36), de una «causalidad hipotética» (37), de una «relación análoga a la causalidad» (38) o de una «causalidad potencial» (39).

Por consiguiente, tanto si se estima que la omisión es *realmente* causal como si se mantiene que es sólo «(cuasi)causal» —o «potencialmente causal», o «causal en sentido figurado», o «análogamente causal», o «hipotéticamente causal»—, en lo que existe amplio acuerdo es en afirmar que el resultado únicamente se le puede imputar al omitente cuando la acción omitida *hubiera evitado* el resultado (40). Esta fórmula de la conditio sine qua non adaptada *es la que determina la relación de causalidad* —o de (cuasi)causalidad— en la omisión, exigiéndose en ésta, *como requisito adicional* para que el omitente responda por el resultado, que, *además*, esté en posición de garante, mientras que en el delito de acción la posición de garante no desempeña papel alguno: si el comitente ha causado mediante un movimiento corporal la lesión del bien jurídico, entonces se da el requisito de la relación de causalidad y, en consecuencia, aquél —y siempre que le sea objetivamente imputable el resultado— responde por un delito consumado.

Pero el «amplio acuerdo» al que me acabo de referir sobre cómo entender la relación de causalidad —o de (cuasi)causalidad— en la omisión, no significa la unanimidad, siendo posible distinguir tres direcciones dogmáticas sobre los requisitos que deben concurrir para que un resultado pueda ser imputado a una inactividad. Y así,

(36) Así, por ejemplo TRAEGER, 1904, p. 63; el mismo, 1913, p. 21.

(37) Así, por ejemplo, GRÜNWARD, GA, 1959, p. 122 n. 34; BUSTOS, Derecho penal latinoamericano, PG, 1981, p. 157; BUSTOS/HORMAZÁBAL, II, 1999, p. 206; TORÍO, ADPCP, 1984, p. 699; MIR, PG, 3.^a ed., 1990, pp. 345/346; JAKOBS, AT, 1991, 29/15 ss.; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 17; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 23; BERDUGO y otros, PG, 1996, p. 152; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 430; DE LA MATA, 1997, p. 396; MUÑOZ CONDE, PG, 2000, p. 277; STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 52; SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 57; GRACIA, 2001, p. 437.

(38) Así, por ejemplo, MEYER/ALLFELD, Lehrbuch, 1907, pp. 163 n. 8, 164; SÁNCHEZ TEJERINA, PG, 1950, p. 172; ANTÓN, PG, 1949, p. 172; DÍAZ PALOS, 1953, p. 80

(39) Así, por ejemplo, Armin KAUFMANN, 1959, pp. 63, 65, 66; H. MAYER, Studienbuch, 1967, p. 80; BACIGALUPO, 1970, p. 79; el mismo, Principios, 2.^a ed., 1990, p. 262; STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 52

(40) «Por consiguiente, en la omisión existe también un problema causal, pero lo que es absurdo es declarar que la omisión misma es causal» (TRAEGER, 1904, p. 72).

junto a la doctrina dominante que estima que existe relación de causalidad –o de (cuasi)causalidad– cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado *con una probabilidad rayana en la seguridad*, una segunda dirección, minoritaria, exige, no probabilidad rayana en la certeza, sino «*certeza*», «*seguridad*» de que esa acción debida hubiera impedido el resultado típico, y una tercera dirección, minoritaria también, y trasladando a la omisión impropia la teoría (adaptada) del aumento del riesgo, se conforma con que la acción omitida hubiera «*disminuido el riesgo*» –teoría de la «disminución del riesgo»– de producción del resultado.

a) *La teoría dominante*

aa) Exposición de su contenido.

La posición actualmente dominante estima que al garante sólo se le puede imputar el resultado –porque sólo entonces hay relación de causalidad o de (cuasi)causalidad– cuando la acción omitida hubiera impedido aquél con una «*altísima probabilidad*» (41), con una probabilidad del «*máximo grado*» (42), con una «*probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza*» (43), o con «*práctica seguridad*» (44).

A diferencia del delito de acción –donde sí que se puede alcanzar *una certeza* sobre si el comportamiento activo ha causado o no el resultado, ya que ahí de lo que se trata es de comprobar una relación causal que ha existido *realmente*–, en la omisión, en cambio, hay que operar con una conexión causal *no real*, sino hipotética, y

(41) Así, por ejemplo, TRAEGER, 1913, p. 21; ENGISCH, 1931, p. 65 n. 1; MAURACH, AT 1971, p. 591.

(42) Así, por ejemplo, NAGLER, GS 1938, p. 72.

(43) Así, por ejemplo, ANDROULAKIS, 1963, p. 95; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 65; H. MAYER, Studienbuch AT, 1967, p. 80; WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 212; SCHÜRMAN, 1986, pp. 52, 57; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 135; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 18; SCHILD, AK, 1990, antes del § 13 n. m. 196; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 23; BERDUGO y otros, PG, 1996, p. 152; BACIGALUPO, Código Penal I (Trivium), 1997, p. 431; WESSELS/BEULKE, AT, 2000, nn. mm. 711, 713; CEREZO, PG, II, 2001, p. 270. La fórmula de la «probabilidad rayana en la seguridad» es también la que emplea la jurisprudencia alemana (indicaciones en JESCHECK, AT, 1996, p. 619, y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 61).

(44) Así, por ejemplo, MIR, PG, 1998, p. 319.

es por ello por lo que, con relación a algo que no ha sucedido (la acción omitida y el curso causal que *habría* desencadenado), únicamente cabe emitir un juicio, no de seguridad, sino sólo de *probabilidad* de que aquélla hubiera evitado el resultado.

A esta imposibilidad de alcanzar una certeza sobre cursos causales de acciones omitidas recurren continuamente los defensores de la doctrina dominante para justificar por qué en la omisión tiene que bastar —*porque no hay más remedio*— una probabilidad rayana en la seguridad. Y así, escribe Traeger (45): «si A, por ejemplo, asesta a B una puñalada, hay certeza de que B no habría sufrido la herida sin el golpe; en la omisión, por lo general, [únicamente existe] una mayor o menor probabilidad, como, por ejemplo, cuando A omite salvar a B —que se está ahogando—, en donde sólo puede ser más o menos probable que esa salvación hubiera tenido éxito». Y, por su parte, expone v. Weber (46): «Pueden surgir dificultades cuando nuestro saber experimental no hace posible un enjuiciamiento seguro del curso hipotético ...: por ejemplo, ¿habría producido una curación del enfermo —fallecido— la operación de cáncer o la inyección de suero de la difteria omitidas?».

De todo ello esa doctrina dominante deduce dos ulteriores consecuencias. En primer lugar, que si de la acción omitida sólo se puede decir que podría haber evitado, *tal vez*, el resultado, *pero no con una probabilidad rayana en la seguridad*, tal como sucede en la no aplicación de medidas terapéuticas que, aunque vengan exigidas por la *lex artis*, no siempre —o raramente— tienen éxito para atajar enfermedades con índices de mortalidad más o menos elevados, entonces al omitente, y en el caso de que actúe dolosamente, sólo se le puede castigar por *tentativa*, ya que falta la relación de (cuasi)causalidad que se exige en el delito consumado de comisión por omisión (47), mientras que en los supuestos de imprudencia —y dado que aquí no cabe la punibilidad por tentativa— quedaría impune (48). Y, en segundo lugar, que «el garante no necesita entrar en

(45) 1904, p. 72 n. 1.

(46) Grundriss, 1948, p. 61.

(47) Cfr., en este sentido, y por ejemplo: ANDROULAKIS, 1963, p. 100; JAKOBS, AT, 1991, 29/20; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 18; MIR, PG, 1998, p. 319.

(48) Cfr., por ejemplo, BOCKELMANN, 1968, p. 90: «Si el error cometido por el médico consiste en la omisión de una medida [terapéutica] exigida, entonces hay que formular la pregunta de si su ejecución hubiera evitado la producción del daño en la salud. Ninguna de esas dos preguntas puede contestarse con absoluta se-

acción, cuando era imposible, en el caso concreto, frenar las energías hostiles al Derecho [las que iban a causar el resultado típico]» (49).

bb) Objeciones que se formulan a la doctrina dominante.

aaa) Las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad.

Los inconvenientes que presenta la doctrina dominante son evidentes, pues su fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad –ya de por sí discutible, puesto que en el delito de acción se exige seguridad– no puede encubrir que en la mayoría de los casos en los que *existe acuerdo* en que hay que condenar por una omisión impropia consumada la probabilidad de que la acción exigida hubiera evitado el resultado no pasa de ser más o menos elevada, pero está muy lejos de alcanzar el requerido linde con la certeza. Y además: si el omitente –como suele suceder– es consciente de esa situación: si *sabe*, por consiguiente, que la acción omitida sólo probable o posiblemente evitaría el resultado –el médico, por ejemplo, no ejecuta una medida terapéutica que *tal vez* podría atajar la enfermedad–, entonces, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante (50), puede quedarse tranquilamente sentado, sin que sea posible fundamentar *ni siquiera una responsabilidad por tentativa*, pues ésta sólo puede entrar en juego cuando exista una discrepancia en-

guridad. Pues la respuesta tiene que apoyarse en un juicio hipotético sobre un acontecimiento fisiológico (como habría sido el curso de la enfermedad, si ...), y un juicio así tiene que ser incierto. Nunca puede quedar del todo excluido que el paciente también se hubiera muerto o que su estado hubiera empeorado –y no mejorado–, si el médico hubiera ejecutado la intervención no realizada o si la intervención realizada la hubiera llevado a cabo de forma correcta. Esta falta de certeza no debe impedir al juez pronunciar el juicio hipotético para fundamentar su decisión. Sólo esta obligado a un *non liquet* –que, prácticamente, tiene efectos favorables para el médico imputado–, donde no puede tenerse en cuenta la inseguridad general inherente a cualquier pronóstico teórico posterior, sino que determinados hechos especiales hagan plausible la posibilidad de que el enfermo, incluso con un comportamiento correcto del médico, habría sufrido daños. Bajo estas circunstancias no es posible constatar que esos daños tengan su causa en el comportamiento incorrecto del médico ... Con ello desaparece la responsabilidad por imprudencia». (Los primeros puntos suspensivos figuran en el texto original.)

(49) NAGLER, GS 1938, p. 72.

(50) Cfr., por ejemplo, los autores citados *supra*, n. 47.

tre la situación objetiva realmente existente de probabilidad rayana en la seguridad y la subjetiva de que el sujeto no se apercibe de ella, pero no cuando esa situación objetiva no concurre realmente y el garante conoce perfectamente que no concurre (51), a lo que hay que añadir, además, como ha señalado, entre otros, Bockelmann, con razón (52), que en los supuestos de imprudencia, si el garante no actúa, y no se da aquella situación objetiva de probabilidad rayana en la seguridad, entonces esa omisión negligente no ha (cuasi)causado el resultado, y que, al faltar el elemento de la conexión causal entre omisión y lesión del bien jurídico, falta, con ello, un requisito esencial para poder fundamentar una responsabilidad imprudente del garante inactivo.

bbb) Cuando la evitación del resultado que incumbe al garante depende, en última instancia, de la intervención de un tercero, a quien no se le ha dado la oportunidad de actuar, ¿cómo se puede averiguar, teniendo en cuenta la indeterminabilidad de los comportamientos humanos, cuál habría sido el sentido de aquella intervención? La actualidad de este problema en el caso «Leder-spray».

aaaa) En la dogmática alemana los insalvables obstáculos que presenta la doctrina dominante se han puesto de manifiesto, otra vez y recientemente, con el caso «Lederspray» (53), donde, además de los problemas que plantea la causalidad *activa* entre ese producto y las lesiones que sufrieron los consumidores, al no haberse podido constatar cuál fue el mecanismo causal concreto que produjo los daños en la salud (54), han surgido *dos ulteriores dificultades* referidas éstas a la relación de (cuasi)causalidad de comportamientos omisivos.

La *primera dificultad* consiste en lo siguiente. Como, según el BGH, los directivos —cuatro de la empresa productora que adoptaron el acuerdo de no retirar el producto, y dos de las filiales encargadas de la comercialización, que acataron dicho acuerdo, sin hacer nada, por su parte, para que aquél fuera retirado— tenían el deber de

(51) En el mismo sentido, OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 101; PUPPE, NK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 120 y 135.

(52) Cfr. *supra*, nota 48.

(53) Sobre este caso cfr. GIMBERNAT, 1997 (1999), pp. 304 ss. Cito de la sentencia tal como aparece reproducida en NJW 1990, pp. 2560-2569.

(54) Sobre todo ello cfr. GIMBERNAT, 1997 (1999), pp. 330 ss.

garante –supuestamente derivado de injerencia (55)– de retirar el producto, cada uno de ellos venía obligado a «hacer todo lo que le fuera posible y exigible para conseguir una resolución de la dirección colegiada de la empresa que ordenara y ejecutara la retirada del producto que venía exigida» (56). Al ocuparse de la causalidad hipotética en esta omisión impropia de cada uno de los directivos, el BGH se plantea si «el cumplimiento de este deber de actuar hubiera conducido a que se hubiese acordado tal resolución», admitiendo que, si «esta pregunta se formula individualmente para cada uno de los acusados, su respuesta puede ser dudosa, ya que no se puede excluir que cada uno de los directivos, en su intento de promover la decisión exigible, hubiera fracasado por la resistencia que hubieran podido oponer los restantes directivos que rechazaban la retirada del producto». No obstante todas estas dificultades que plantea la prueba de la (cuasi)causalidad de cada una de esas seis omisiones impropias, el BGH afirma la responsabilidad de los seis directivos: «Por consiguiente, cada uno de los [seis] acusados debe responder jurídicopenalmente por la ausencia de la retirada del producto y por los daños así causados. Esta consecuencia es la única que hace justicia a la responsabilidad común y equiparable de los directivos de la empresa. Si no fuera así, ello significaría que ..., en una sociedad limitada con varios directivos, cada uno podría liberarse de su responsabilidad con la mera indicación de la inactividad equivalente e igualmente contraria al deber de los restantes. Con ello no habría espacio alguno en este campo para la imputación jurídicopenal de consecuencias dañosas típicas: sería, siempre y en cualquier caso, imposible. Es evidente que ello no puede ser ajustado a Derecho».

El BGH aprecia, en un primer momento y lúcidamente, las dificultades para establecer una relación de (cuasi)causalidad –que sería imprescindible para poder imputar un resultado a los garantes– entre la acción omitida de *cada uno* de los directivos y los daños sufridos por los consumidores, ya que no está acreditado –ni es posible acreditar– que si cada uno de ellos, como exigía su deber de ga-

(55) Indicaciones en GIMBERNAT, 1997 (1999), pp. 311 ss.

(56) En el caso de la colza, el TS (sentencia de 23 de abril de 1992, A. 6783) define de la misma manera que el BGH las obligaciones de los garantes en los supuestos de responsabilidad por el producto: «cada administrador resultaba obligado a hacer lo que le sea posible y exigible según las circunstancias para lograr que el producto peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado, sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él».

rante, se hubiera esforzado en convencer a los demás para obtener una resolución colectiva mayoritaria de retirada del producto —y sólo la dirección de la empresa, como tal colectivo, era competente para dictar tal resolución— habría podido lograr su propósito, teniendo en cuenta «la resistencia que hubieran podido oponer los restantes directivos que rechazaban la retirada del producto». Que el BGH no se cree su doctrina de que sólo existe una omisión impropia consumada si la acción exigida, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado, se pone de manifiesto en que, después de plantear el problema, no se esfuerza, en absoluto, en demostrar que existe, en efecto, esa imprescindible relación de (cuasi)causalidad, sino que, repentinamente, renuncia a seguir indagando sobre la prueba de la (cuasi)causalidad, y se limita a establecer, sin ulteriores explicaciones, que todos los acusados deben responder porque «es evidente» que su absolución «no puede ser ajustada a Derecho».

Pero lo único evidente es que así no se puede razonar: que no se puede poner en cuestión, primero, que la acción omitida hubiera evitado el resultado, para, después, *eludir* por completo la prueba de la (cuasi)causalidad —tan esencial en la omisión impropia como lo es la causalidad material en el delito de acción—, y para, finalmente, acabar afirmando que los omitentes responden por los resultados porque «es evidente» que ello tiene que ser así.

La doctrina alemana se muestra dividida al valorar esta solución «políticocriminal» (57) de la sentencia del caso «Lederspray». Y así, mientras que Kuhlen reconoce que el BGH «renuncia» al «requisito» de la «probabilidad rayana en la seguridad» (58), que establece una «excepción» a la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non* (59), y que la sentencia constituye «un ulterior ejemplo de que no se debe tomar demasiado en serio la teoría de la equivalen-

(57) MEIER, NJW 1992, p. 3197, estima que la solución del BGH es «políticocriminalmente» correcta, a pesar de que, «si se toma en serio la teoría de la equivalencia, en esta forma generalmente aceptada [la acción omitida debería haber evitado el resultado], entonces no parece correcta la decisión del BGH ..., pues existe la posibilidad de que el directivo hubiera fracasado en su esfuerzo [de convencer a los demás] por la falta de disposición a cooperar de sus colegas». V. también HILGENDORF, NStZ 1994, p. 563.

(58) NStZ 1990, pp. 569/570.

(59) *Op. cit.*, p. 570. BEULKE/BACHMANN, que están de acuerdo, en los resultados, con la solución del BGH, reconocen, no obstante y también, que aquélla es posible porque, en este caso, «hay que aceptar una excepción de la fórmula de la *conditio*» (JuS 1992, p. 743; *vid.* también p. 744).

cia» (60), no obstante todo ello le parece justificado porque así el BGH «evita una solución jurídicopenal inconveniente» (61), Samson objeta al BGH que su fundamentación para afirmar la (cuasi)causalidad de la omisión de los directivos es «completamente inaceptable» (62) y que da por existente dicha causalidad con una «argumentación completamente insuficiente» (63), y Puppe que, en esa sentencia, el tribunal alemán «no resuelve los problemas de la causalidad [de la omisión impropia] ..., sino que los barre debajo de la alfombra» (64).

Por lo que se refiere a la (cuasi)causalidad de la omisión, entendida, de acuerdo con la doctrina dominante, en el sentido de que la acción exigida debería haber evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, el caso del «spray» para el cuero —como *todos aquellos* en los que existe una obligación de retirada del producto— presenta una *segunda dificultad*, a saber: que no es posible constatar si, en el caso de que *se acuerde* efectuar una llamada de retirada del producto, los que lo tienen en su poder —sean minoristas sean ya los consumidores— atenderían ese requerimiento, con lo que tampoco es posible acreditar, con aquel máximo grado de probabilidad, que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Sobre este problema —y antes de que cobrara actualidad con motivo de la sentencia del caso «Lederspray»— ya había llamado la atención, en la literatura jurídicopenal, Kuhlen (65): «Si un fabri-

(60) *Op. cit.*, p. 570, n. 71.

(61) *Op. cit.*, *loc. cit.* Se muestran conformes en este punto con la sentencia del caso «Lederspray», sin formular mayores reparos sobre su fundamentación: HILGENDORF, 1993, pp. 125 ss.; el mismo, NStZ 1994, pp. 563 ss.; HEINE, 1995, pp. 160 ss.; WEIBER, 1996, pp. 70 ss., 129.

(62) StV 1991, p. 184.

(63) *Op. cit.*, p. 185. *Vid.* también el mismo, NK, 2001, § 13 n. m. 61 a.

(64) JR 1992, p. 34. Críticamente también 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, entre otros: 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); RÖH, 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, 1996, pp. 59 ss.; SCHALL, 1996, pp. 116-117.

(65) 1989, p. 56 n. 121 (cursiva en el texto original).

cante omita la llamada para retirar un neumático defectuoso y si, después del momento de la omisión, sufren daños 100 automovilistas, porque el uso de los neumáticos en cuestión provoca accidentes, entonces no consta posiblemente en ninguno de los 100 casos concretos que la ejecución de la acción de retirada del producto hubiera evitado el accidente con una probabilidad rayana en la seguridad. En especial, ello no se sigue de una cuota de seguimiento de tales llamadas de retirada que, de acuerdo con la experiencia es, por ejemplo, del 50%. Lo que sí se puede deducir de esa máxima de la experiencia ... [es] la probabilidad rayana en la seguridad de que la llamada para retirar el producto habría evitado algunas de las lesiones de bienes jurídicos producidos. Esto es suficiente ... para afirmar la (cuasi)causalidad exigible, según la doctrina dominante, en el delito de omisión ...». Pero las cosas no son tan sencillas como quiere hacernos creer Kuhlen. Porque en Derecho penal no se manejan las grandes cifras, sino que hay que partir de una lesión *concreta* de un bien jurídico y acreditar que ésta ha sido causada —o (cuasi)causada— por un comportamiento —en este caso: por una omisión— también *concreta*, por lo que, con relación a *cada* accidente y a *cada* perjudicado, el omitente podría liberarse de su responsabilidad alegando que no es posible probar que la acción exigida hubiera evitado ese accidente individual con una probabilidad rayana en la seguridad, siendo irrelevante para la imputación o no imputación de cada resultado al garante la consideración de que la llamada omitida para retirar el producto hubiera disminuido el *número global* de accidentes.

En el caso del «spray» para el cuero el BGH se enfrenta con el problema análogo de cómo establecer la relación de (cuasi)causalidad si, en el supuesto de que los productores hubieran realizado la acción omitida, y hubieran, por consiguiente, efectuado una llamada para retirar el producto, cada minorista que tenía los aerosoles en almacén «habría atendido la llamada de retirada, es decir, si no habría suministrado el “spray” para el cuero al consumidor, de tal manera que no habría tenido lugar su daño en la salud». El BGH prefiere no entrar en esta cuestión y se limita a señalar que el tribunal de instancia, que es a quien corresponde la valoración de la prueba, da por sentado que, si los productores hubieran ordenado la retirada, los comerciantes habrían accedido a esa demanda (66).

(66) KUHLEN, NSiZ 1990, p. 569, afirma que «no hay [nada] que objetar» a este pronunciamiento del BGH.

En contra alega Puppe (67), con razón: «En el caso “Lederspray”, en el que se imputaba a los directivos haber omitido la llamada de retirar un producto, no ha prestado atención al [argumento] de la defensa de que no era seguro que hubieran seguido la acción de retirada precisamente aquellos comerciantes individuales de los que adquirieron el producto los perjudicados. A pesar de que coincide plenamente con la experiencia general que muchos comerciantes individuales no siguen esas instrucciones, a fin de ahorrarse las molestias vinculadas a las devoluciones, el BGH apela a que en este punto el tribunal de instancia ha constatado ya la causalidad». No obstante, Puppe llega, en los resultados, a la misma conclusión que el BGH, ya que, según ella, «nadie puede apelar, en su descargo, a la lesión ficticia del deber por parte de otra persona. De ahí se sigue que en la causalidad en sentido jurídico, y bajo determinadas circunstancias, las *leyes jurídicas* pasan a ocupar el lugar de las leyes empíricas. Si la lesión del deber por parte de una persona consiste en no haberle dado a otra la oportunidad de cumplir con su deber, entonces hay que presuponer que esa otra persona habría cumplido con su deber ... El fabricante no puede apelar, en su descargo, a la máxima de la experiencia de que muchos comerciantes desatienden las acciones de retirada del producto. El médico de servicio que no informa al médico jefe de un peligroso empeoramiento del estado de un paciente coloca una condición necesaria para la muerte de éste, si el médico jefe hubiera tenido el deber y la posibilidad de salvarle. No puede apelar, en su descargo, a que algunos médicos jefe descuidan sus deberes o a que este médico jefe, en ese caso concreto, lo habría descuidado con seguridad o sólo posiblemente» (68).

(67) NK, 2001, antes del § 13 n. m. 119. Cfr. también la misma, JR 1992, p. 31: «No conocemos leyes de vigencia general sobre si, y bajo qué circunstancias, los comerciantes atienden las acciones de retirada de productos ... Por consiguiente, aquí, y por ello, no puede constatarse una relación de causalidad en sentido estricto. De ahí que si el BGH interpreta el resultado probatorio del tribunal de instancia en el sentido de la constatación de una estricta relación de causalidad, tendría que haberlo anulado por vulnerar máximas de validez general».

(68) NK, 2001, antes del § 13 n. m. 119 (cursivas en el texto original). En igual sentido, la misma, ZStW 92 (1980), p. 907: «A fin de salvar la efectividad de las normas, lo razonable no es presuponer el comportamiento más probable, sino aquel *conforme a la norma*, teniendo en cuenta que, al faltar una determinabilidad conforme a leyes causales de las decisiones humanas, en cualquier caso se hace necesaria una presuposición» (cursivas añadidas); la misma, JR 1992, p. 31, quien propone «sustituir la ausencia de leyes causales sobre la intervención de un ulterior

bbbb) Los principios expuestos por Puppe exceden del caso concreto del «spray» para el cuero, y de cómo determinar si los minoristas hubieran devuelto o no al productor los aerosoles que tenían en almacén, si la empresa –lo que no sucedió– hubiera dispuesto la retirada: el problema *general* que se le presenta a la doctrina dominante para poder afirmar la relación de (cuasi)causalidad en la omisión impropia es cómo determinar si la acción debida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, cuando la evitación del resultado depende del ulterior comportamiento de *otra u otras* personas, a las que el garante, infringiendo su deber, y con su inactividad, no ha dado la oportunidad de poder actuar: ¿Habrían devuelto los minoristas el producto que provocó los daños en la salud de los consumidores, *evitándose* así aquéllos, si el fabricante hubiera dispuesto su retirada? ¿Habría actuado conforme a la *lex artis* el cirujano, *evitando* así la muerte del paciente, si el médico de guardia hubiera detectado la peritonitis que afectaba al paciente? ¿Se habría colocado el albañil el casco y el cinturón, *impidiéndose* así el accidente, si el encargado de obras se los hubiera proporcionado? (69).

Como no conocemos las reglas que determinan el comportamiento humano –e ignoramos, por consiguiente, un factor decisivo para poder medir con qué grado de probabilidad hubiera evitado el resultado la acción omitida– (70), lo que en estos casos defiende la

comportamiento humano por las *leyes jurídicas* que regulan ese comportamiento, es decir, partir de la presunción de que el tercero se habría comportado conforme al deber. Una tal *praesumptio de jure* puede justificarse con que es precisamente el comportamiento contrario al deber el que ha hecho imposible emitir un juicio fundamentado sobre si el tercero hubiera cumplido con su deber» (cursivas añadidas).

(69) Cfr. KAHRs, 1968, p. 67.

(70) Cfr. PUPPE, ZStW 92 (1980), p. 906 («El comportamiento humano no está determinado por la ley causal»), y STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 83 («En especial, y por principio, son inaclarables los desarrollos de los acontecimientos en los que desempeñan un papel las decisiones humanas»).

La discusión sobre si el comportamiento humano obedece también a leyes causales (determinismo) o no (libre albedrío) es irrelevante a efectos de determinar cuál habría sido el comportamiento activo no ejecutado por otra persona, ya que nunca podemos llegar a averiguar su contenido. Ello es así, para los deterministas, porque, aunque éstos parten de que –como cualquier otro acontecimiento– también la conducta humana tiene leyes causales que la predeterminan, en cualquier caso hay que admitir que, en el estado actual de la ciencia, las desconocemos; y para los librearbitristas, porque éstos parten de que aquélla obedece a una decisión espontánea *acausal*, pero de la que desconocemos, precisamente por ello, cuál habría sido su sentido mientras el comportamiento no haya sido ejecutado.

doctrina [así, además de Puppe, y por ejemplo, Jakobs (71), Köhler (72), Sofos (73) y Schönke/Schröder/Stree (74)] es que hay que presuponer, *ficticiamente*, que el tercero, de quien depende, en última instancia, la evitación del resultado, habría actuado *conforme a las normas*.

Sin embargo, con esta *ficción* de que, cuando la evitación del resultado depende de otra persona que no ha tenido oportunidad de actuar, porque el garante ha permanecido inactivo, hay que presuponer *iuris et de iure* que aquél se habría comportado conforme al

(71) Cfr. AT, 1991, 29/23; el mismo, 1995, p. 423: «... al mundo hay que tomarlo tal como es, pero al calcular su conformación futura hay que partir de un comportamiento por todas partes conforme a la norma».

(72) AT 1997, p. 229: «La actividad contraria al deber [debería decir: conforme al deber] –en relación con su capacidad externa de acción– debería haber evitado con certeza *empírica* el “resultado típico” ... Una consideración especial merece la actividad derivada del deber de garante que depende de la colaboración de terceros (por ejemplo, del auxilio médico). En el enjuiciamiento del curso sometido a las leyes de la experiencia hay que incluir, en tanto en cuanto ello depende de una actividad libre (“causalidad en libertad”), el curso de las cosas conforme al deber. *Si, por ejemplo, la aplicación de la ciencia médica hubiera llevado normalmente al salvamento del bien jurídico, entonces la omisión es causal; no se puede tener en cuenta la posibilidad de una acción equivocada contraria a la lex artis*» (cursivas añadidas).

(73) Cfr. 1999, pp. 262-263: «Pero si todavía existe alguna posibilidad para el segundo garante de cumplir con su deber, entonces el primer garante tiene que darle esa oportunidad, informándole; esto rige incluso aun cuando el segundo garante esté firmemente decidido a negarse a cumplir su deber. Una decisión firme no convierte al segundo garante en un ser de la naturaleza predeterminado. Si el primer garante está obligado por estos motivos a la acción de salvamento, entonces se plantea la pregunta de si puede imputársele el resultado. Para una vinculación causal de la lesión del deber con el resultado, de acuerdo con las reglas generales de la explicación causal, aquí sería preciso conocer las leyes que rigen el comportamiento del otro implicado. Pues es de esas leyes de las que depende si la omisión de su información es parte integrante necesaria de la condición suficiente –conforme a las leyes de la naturaleza– de la producción del resultado. *Pero no conocemos tales leyes que nos pudieran informar cómo se habría comportado una persona si se la hubiera colocado en una situación en la que de hecho no se la colocó. Por consiguiente, el lugar de las leyes causales que no conocemos pasan a ocuparlo las leyes jurídicas. Hay que presuponer el comportamiento conforme a Derecho en tanto en cuanto le hubiera sido posible. Porque el Derecho debe partir del seguimiento de sus propias normas siempre que no existan hechos que lo impidan. Por consiguiente, el primer garante no puede exonerarse apelando a que el otro habría desobedecido la norma, es decir: a que no se podía salvar el bien jurídico*» (cursivas añadidas).

(74) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 61.

deber, no se salva la (cuasi)causalidad de la omisión, en el sentido de la doctrina dominante de que hay que acreditar que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría impedido el resultado, sino que se está reconociendo, implícitamente, que es una fórmula *impracticable*: el juicio de probabilidad es uno *matemático*, es decir: *ontológico*, que se establece sobre la base de los datos conocidos y cognoscibles *ex ante* (75), por lo que supone una *perversión* del mismo, cuando uno de ellos se desconoce —a saber: cuál habría sido el comportamiento no ejecutado de un tercero—, sustituirlo por el criterio *normativo y ontológicamente falso* de que *todas las personas* respetan las normas: eso no es conocer un dato imprescindible para emitir un juicio de probabilidad sobre la evitación del resultado, sino hacer «como si» se conociera: eso es introducir —desnaturalizándolo— un elemento *normativo* en un juicio que es estrictamente ontológico.

ccc) La imposibilidad de determinar cuál habría sido el curso de una enfermedad si se hubiera ejecutado el tratamiento médico correcto.

Otro campo donde la doctrina dominante sobre la relación de (cuasi)causalidad se encuentra con dificultades insalvables es el del *Derecho penal médico* (76).

(75) Cfr. GIMBERNAT, 1966 (1990), pp. 25 ss., sobre la formación del juicio de adecuación que coincide con el de peligro (en este sentido, cfr., por ejemplo, HENCKEL, 1930, p. 19 n. 58; SAUER, *Strafrechtslehre*, 1955, p. 84; ENGISCH, 1950, p. 137; WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 47).

(76) Sobre las dificultades que presenta en Alemania la imputación a un omitente de un resultado lesivo, dentro del Derecho penal médico, si se aplica la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad, cfr. PUPPE, NK, 2001, § 13 n. m. 123 y 124: «Un campo ulterior en el que, según la actual situación del conocimiento, no estamos legitimados para partir de una determinabilidad absoluta —de acuerdo con las leyes de la naturaleza— de los cursos evolutivos, es el desarrollo de enfermedades. Si en un caso determinado cesa una infección y cómo reacciona ante ella el aparato inmunológico del paciente, depende, según nuestros conocimientos actuales, y no en último lugar, también de factores psíquicos, y, con ello, de comportamientos del paciente y de las distintas personas con las que se relaciona. Un cáncer se desarrolla a partir de una única célula degenerada. Si la degeneración se produce por el contacto con una sustancia cancerígena, si esa célula se multiplica o es reconocida y aniquilada por el aparato inmunológico, si, después de una operación de cáncer, las células cancerosas residuales se establecen como metástasis, si ello tiene lugar en un órgano vital y de una manera más difícil o más fácilmente reconocible, todo ello depende de un concurso altamente complejo de dis-

Por lo que se refiere a España, me remito sólo a las sentencias del TS de 8 de junio de 1989, A. 5054, y de 5 de julio de 1989, A. 6091, de las que, dentro de este contexto, ya me he ocupado en otro lugar (77), y en las que el TS da por acreditada la relación de (cuasi)causalidad omisiva, a pesar de que, en el primer caso, en el que se le imputaron al médico de guardia unas gravísimas lesiones en comisión por omisión, se desconocía si el niño, que había sufrido una «contusión craneal con conmoción cerebral», se habría podido librar de las trágicas secuelas sobrevenidas, si aquél hubiera ordenado a tiempo el tratamiento médico adecuado, y a pesar de que, en el segundo caso, en el que se condenó por un homicidio imprudente en comisión por omisión, era imposible determinar si, en el caso de que el médico hubiera diagnosticado la peritonitis que padecía el enfermo, éste podría haber salvado la vida si se hubieran dispuesto las medidas terapéuticas que prescribía la *lex artis*.

Como expongo en el mismo trabajo (78), «los razonamientos de estas [dos] sentencias, en la línea de la doctrina dominante de requerir, en la comisión por omisión imprudente y para la imputación

tintos factores, entre los que se encuentran también procesos moleculares y psíquicos. Presuponer para todo ello que existe objetivamente una determinación –que, desgraciadamente, no conocemos plenamente– del cien por cien no se corresponde con la cosmovisión actual de la física ni de la medicina. Esto, y no una falta de pruebas, es, en muchos casos, el motivo por el cual el perito médico sólo puede decir con una alta probabilidad, pero no con una certeza del cien por cien, que el paciente tratado equivocadamente –o no tratado en absoluto– hubiera vivido más tiempo si se le hubiera sometido a un tratamiento correcto», n. m. 123). Cfr. también STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 56: «Es evidente, aunque no se tengan conocimientos especializados, que sólo pueden tener valor estadístico afirmaciones como la de que, después de determinadas operaciones de cáncer, la radioterapia puede impedir la formación de metástasis en el 90% de los casos. Aquí la responsabilidad de quien omite la medida exigida no puede fracasar en la objeción, siempre irrefutable, de que el afectado probablemente pertenecía al restante 10%»; WACHSMUTH/SCHREIBER, NJW 1982, p. 2095, quienes reproducen las palabras emitidas por un perito médico, en un supuesto del que se ocupó el BGH en una sentencia de 20 de mayo de 1980, de que «el concepto jurídico de la probabilidad rayana en la seguridad carece de utilidad para los médicos, ya que en la medicina una probabilidad así sólo existe en casos muy raros... La medicina se ocupa de casos individuales y no de series... Así, cualquier enjuiciamiento médico se apoya, ciertamente, sobre investigaciones y experiencias científicamente fundadas, pero, en el caso concreto, sigue siendo, en última instancia, hipotético».

(77) Cfr. GIMBERNAT, 1994 (1999), pp. 235 ss.

(78) Cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 237.

del resultado, que la acción omitida hubiera impedido la lesión típica, ponen claramente de manifiesto hasta qué punto es irresoluble la tarea. Los tribunales no pueden retrotraer los acontecimientos al momento en que el niño con el grave traumatismo craneal fue (des)atendido por el médico de guardia, para comprobar si, de haberse iniciado entonces el tratamiento médico adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, como no pueden, tampoco, dar marcha atrás en el tiempo y poder comprobar así si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haber salvado o no la vida».

cc) Los intentos de la dogmática jurídicopenal para superar las dificultades de la doctrina dominante

En un intento de superar las dificultades que acabo de referir de la doctrina dominante que exige, en la omisión impropia, para que pueda estimarse la concurrencia de relación de causalidad —y para que, consiguientemente, se pueda imputar el resultado—, que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, la dogmática ha elaborado, minoritariamente, dos distintas salidas: la primera consiste en exigir más: en exigir la *certeza* de que se hubiera evitado el resultado, y la segunda consiste en exigir menos: en considerar suficiente que la acción omitida hubiera *disminuido el riesgo* de producción del resultado. De estas dos direcciones paso a ocuparme a continuación.

b) *La exigencia de seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado*

aa) Exposición de su contenido.

Según una dirección doctrinal, que se remonta a Mezger (79), para poder imputar un resultado a una omisión no es suficiente con que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, sino que es preciso constatar que *ciertamente* lo hubiera impedido.

(79) Cfr. Strafrecht, 1933, p. VII, y p. 138, donde rechaza a la jurisprudencia alemana cuando se conforma con «un grado de probabilidad limítrofe con la certeza», y mantiene que «una condena sólo puede tener lugar cuando se demuestra que la [acción] conforme al deber habría evitado positivamente el resultado».

Entre los escasos autores que sostienen la misma posición pueden mencionarse a Herzberg (80) («en el caso de la omisión tiene que ser *cierto* que la acción omitida hubiera evitado el resultado»), Schmidhäuser (81), Torío (82), Jakobs (83) («Para la imputación del

(80) MDR 1971, p. 883 (cursiva en el texto original); v. también p. 882: «Para el delito de comisión se sabe desde hace tiempo que en la prueba de la *conditio* no se deben colocar factores hipotéticos de producción en el lugar de la *causa efficiens* mentalmente eliminada. Para el delito de omisión, en principio, no puede regir nada distinto».

(81) Cfr. AT, 1975, 8/76. V. también el mismo, Studienbuch AT, 1982, 12/48: «Para la práctica jurídicopenal ello significa que un juez sólo puede condenar por un delito de resultado consumado de omisión cuando esté convencido de que la acción a designar con precisión que el acusado hubiera debido ejecutar habría evitado el resultado. ... que una detención ilegal se habría terminado si se hubieran abierto las puertas, que un perro no habría mordido a una persona si la perrera hubiera estado cerrada, que una persona no habría muerto desangrada por una herida relativamente inofensiva si hubiera sido trasladada inmediatamente al hospital, todos éstos son supuestos de hecho de cuya verdad es fácil adquirir un convencimiento pleno en el caso concreto. ... Al momento de la convicción judicial se le viste siempre, curiosamente, con un juicio de probabilidad: debería concurrir una “probabilidad rayana en la certeza” de que el resultado habría sido impedido. Esta formulación es equivocada en la medida en que surge la impresión de que en el delito de omisión puede bastar la mera probabilidad, mientras que en el delito de acción se requiere la certeza».

(82) Cfr. ADPCP 1984, p. 700: «En los delitos de acción se trabaja con juicios de necesidad causal. En el caso de que la acción se defina como causa insegura del resultado—evidentemente una cuestión probatoria, puesto que la acción fue o no causa real del homicidio— nunca se admitiría la condena del autor de la acción por delito consumado. Lo contrario sucede si la muerte de la víctima fue consecuencia (hipotética) de una omisión. Entonces no se opera con juicios causales (ideales) de necesidad, sino con juicios de probabilidad. Si se dice que la intervención quirúrgica hubiese impedido con probabilidad rayana en la seguridad el resultado típico queda libre un residuo afirmativo de que esa intervención no lo hubiese impedido. Pues afirmar que la actividad del cirujano hubiera evitado el fallecimiento con tendencia de 99 por 100 es sostener simultáneamente que no lo hubiera impedido en el 1 por 100 de los casos restantes. La afirmación de la responsabilidad del omitente, dada esta situación probatoria, no puede ser en verdad más problemática. Pese a lo cual la condena por delito de homicidio cometido por omisión tiene lugar, dado que la acción omitida hubiera evitado el resultado típico con probabilidad rayana en la certidumbre.— Evidentemente, nunca se concedería algo correlativo en el delito de acción, en el que tal posibilidad centesimal, etc., de que el autor no hubiese causado el resultado, como posibilidad puramente probatoria, conduciría únicamente a la estimación de la tentativa de delito. De acuerdo con esto, pensamos debe exigirse en el delito de comisión por omisión la seguridad total equivalente a la unidad (= 100/100) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado». *Vid.* también p. 706: «En los delitos de comisión por omisión debe destacar la fórmula legal la necesidad de que la acción omitida hubiese impedido *con plena seguridad* el resultado típico» (cursivas añadidas).

(83) AT, 1991, 29/19.

resultado es preciso que el autor hubiera logrado impedir el resultado mediante la ejecución de la acción exigida. En otro caso, sólo queda ... la responsabilidad por tentativa. En parte [*sic*: Jakobs está dando a entender, inexplicable e incorrectamente, que la doctrina dominante es sólo una doctrina esporádica], se encuentra la observación de que la evitación del resultado debería haber sido posible con una probabilidad rayana en la seguridad. Ésto sólo es correcto como formulación procesal; la situación misma en la que una salvación hipotética se habría logrado es más que probable, es decir: real»); Romeo (84) («... la aplicación de los delitos de comisión por omisión debe ser severamente restringida, si no estuviera justificada ya por su excesiva ampliación doctrinal y jurisprudencial. En esta dirección las restricciones deben apuntar al juicio causal hipotético, aplicando no sólo el criterio del máximo grado de probabilidad, sino también el principio *in dubio pro reo* cuando surja la mínima inseguridad sobre el resultado de ese procedimiento hipotético negativo»); y Bustos/Hormazábal (85).

bb) Crítica.

La posición de estos autores que requieren, para condenar por una omisión impropia consumada, certeza –y no solamente probabilidad rayana en la seguridad– de que la acción exigida hubiera evitado el resultado es tan comprensible como inviable.

Comprensible, porque, en primer lugar, la doctrina dominante nunca ha explicado cómo se puede fundamentar que una posibilidad mínima de que el resultado no se hubiera evitado aún con la acción omitida debe jugar en contra, y no a favor del reo, y porque, en segundo lugar, y como ya hemos visto y todavía tendremos ocasión de ver, en la mayoría de los casos en que jurisprudencial y doctrinalmente se admite la existencia de una omisión impropia consumada, la probabilidad de que el omitente hubiera impedido el resultado con su acción ni siquiera alcanza esa cota exigida de frontera con la seguridad. Pero es también, y sin embargo, inviable, porque, como asimismo hemos visto y todavía tendremos ocasión de comprobar, del proceso causal hipotético, es decir: no-real, que habría desencadenado la acción omitida, precisamente por ser hipotético y, consiguientemente, no-real, sólo se puede predicar una

(84) 1993, p. 936. *Vid.* también el mismo, 1994, p. 46.

(85) Cfr. II, 1999, p. 206.

—más o menos elevada— probabilidad, pero nunca la seguridad de que hubiera evitado el resultado.

c) *La teoría de la disminución del riesgo*

aa) Exposición de su contenido.

La teoría de la disminución del riesgo parte de un diagnóstico lúcido de la actual situación. Si es imposible determinar *con certeza* si la acción omitida (hipotética) hubiera evitado el resultado, si la probabilidad rayana en la seguridad no es más que un eslogan que casi nunca se aplica, ya que con ese criterio tan estricto apenas se podría condenar a nadie por un delito consumado de omisión impropia, porque en la mayor parte de los casos en los que esto sucede lo más que se puede decir es que, si el omitente hubiera actuado, (más o menos) probablemente habría evitado el resultado, entonces lo que procede es llamar a las cosas por su nombre y formular que basta con que la acción exigida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado para que entre en juego la responsabilidad por una comisión por omisión consumada.

En este sentido, la teoría de la disminución del riesgo no hace otra cosa que desenmascarar a la actual doctrina dominante que establece, *a nivel de principio*, que sólo existe relación de (cuasi)causalidad si la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, pero que luego no aplica ese principio en la práctica y se conforma, para imputar el resultado al garante, con que la acción no ejecutada hubiera «disminuido el riesgo» de lesión. Para ejemplificar todo ello con supuestos de hecho del Derecho penal médico: las condenas por homicidios imprudentes de facultativos que *no atienden* infartos agudos, o meningitis, o peritonitis, tal como se pronuncian continuamente por los tribunales españoles, lo que están haciendo, en realidad, es aplicar la teoría de la disminución del riesgo, pues, teniendo en cuenta la gravedad inherente a esas enfermedades —y el considerable índice de mortalidad que (con o sin tratamiento) arrojan—, lo más que se puede decir es que la terapia adecuada habría disminuido el riesgo de fallecimiento, pero no que hubiese evitado éste con una probabilidad rayana en la seguridad. Resumiendo: La teoría de la disminución del riesgo es la que *realmente aplica* la doctrina dominante, aunque ésta, a nivel de prin-

cipio, diga que está operando con una probabilidad rayana en la certeza (86).

La teoría de la disminución del riesgo encuentra un primer antecedente en Hardwig, quien en 1957 escribe (87): «Se está obligado a impedir un resultado sólo cuando sea posible la evitación del resultado con probabilidad rayana en la seguridad. Difícilmente se estará dispuesto a reconocer como correcto un principio jurídico así. El tenor del deber jurídico es, más bien, éste: Mientras te sea posible de alguna manera, evita el resultado ...: se lesiona un deber de evitación del resultado cuando la evitación del resultado, y según el juicio humano, no aparece como imposible».

En los años subsiguientes, y como consecuencia de una adaptación a la omisión impropia de la teoría del aumento del riesgo que Roxin (88) establece para los delitos de acción, la de la disminución del riesgo empieza a ganar adeptos, aunque sigue constituyendo una doctrina minoritaria, y nunca ha sido acogida por el BGH (89).

(86) Sobre los poco convincentes resultados a que conduce una aplicación estricta de la fórmula de la «probabilidad rayana en la seguridad» en la omisión impropia, cfr., además de lo que ya se ha expuesto hasta ahora: OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 101, y STRATENWERTH, AT, 2000, § 13 n. m. 55: «Esto [la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad] tiene la consecuencia –inaceptable en la práctica– de que sólo debería emprenderse el intento de salvar un bien jurídico amenazado cuando no se pudiera dudar prácticamente del éxito, pero no cuando “sólo” se elevaran sus posibilidades de salvación. Si los padres de un niño gravemente enfermo omiten, por ejemplo, avisar al médico, entonces, y según la doctrina dominante, sólo responderían de la muerte del niño si, con el tratamiento médico, hubiera podido salvar la vida con una máxima probabilidad; en cambio, en una enfermedad con un alto índice de mortalidad podrían renunciar desde un principio al auxilio médico».

(87) 1957, p. 162.

(88) Cfr. sólo ZStW 74 (1962), pp. 430 ss., y ahora, el mismo, AT, 1997, § 11 nn. mm. 76 ss. Por lo que alcanzo a ver, ROXIN no se ha pronunciado hasta ahora sobre si está de acuerdo o no con esta transposición a la comisión por omisión de su teoría del aumento del riesgo (v., por ejemplo, ROXIN, ZStW 84 [1972], p. 1011). Sí se ha pronunciado, en cambio, su discípulo SCHÜNEMANN, defensor de la teoría del aumento del riesgo en el delito imprudente de acción (cfr. JA 1975, pp. 648 ss.), quien niega tajantemente que esa teoría pueda ser transpuesta a la omisión impropia (v. JA 1975, p. 655), si bien ahora (v. *infra* n. 97) propone, *de lege ferenda*, introducir legislativamente la teoría de la disminución del riesgo para las omisiones cometidas dentro del marco del Derecho penal de empresa.

(89) Las dificultades de causalidad omisiva que se presentan en el caso «Leterspray» habrían podido ser resueltas, sin ulteriores complicaciones, si el BGH hubiera asumido la teoría de la disminución del riesgo. Porque, por una parte, si cada directivo hubiera tratado de convencer a los restantes de que adoptaran una

Entre sus partidarios se encuentran, además de Hardwig: Kahrs (90), Schaffstein (91), Stratenwerth (92), Otto (93), Maurach/Gössel (94), Puppe (95) y Rudolphi (96).

Por su parte, Schünemann (97) propone *de lege ferenda* una modificación del § 13 StGB en el que se acogería la teoría de la disminución del riesgo, pero limitando su alcance a las omisiones impropias de los superiores dentro del marco del Derecho penal de empresa (98).

resolución de retirada del producto [cfr. la exposición de este problema *supra* B 3 a) bb) bbb) aaaa)] habría aumentado la posibilidad de que aquélla se acordase, con ello, también, la de que se hubiera retirado el producto, con lo que, de esta manera, *habría disminuido la posibilidad* de que los consumidores sufrieran daños en la salud. Por otra parte, y por lo que se refiere a si los minoristas hubieran retirado el aerosol del mercado, en el caso de recibir esta orden del productor, dicha orden habría aumentado la posibilidad de la retirada, y, con ello, disminuido el riesgo de los consumidores de padecer las enfermedades que les aquejaron. Pero el BGH rechaza en esa sentencia, y una vez más, esta teoría: «La concepción ulteriormente defendida en la doctrina de que basta con que la acción omitida hubiera disminuido (considerablemente) el riesgo de producción del resultado no ha sido seguida hasta ahora por la jurisprudencia. Esta exige que, mediante la acción debida, se hubiera evitado el resultado “con probabilidad rayana en la seguridad”».

(90) Cfr. 1968, pp. 236 ss.

(91) *Vid.* 1970, pp. 172/173.

(92) STRATENWERTH mantiene esta teoría desde la primera edición (1971) de su Parte General. V. ahora, en su 4.ª edición, el mismo, AT, 2000, § 13 n. m. 54: «... en el delito de omisión tiene que bastar que la acción exigida al menos haya *disminuido* el peligro de producción [del resultado]» (cursiva en el texto original).

(93) Cfr. NJW 1980, p. 423: «... es difícil de comprender que el deber del garante de actuar sólo deba estar fundamentado cuando puede impedir el peligro con probabilidad rayana en la seguridad, y no ya cuando pueda disminuir esencialmente el peligro a cuya evitación está obligado»; el mismo, AT, 1996, § 9 n. m. 99: «Su deber de protección [del garante] no se limita a los casos de evitación segura del resultado, sino que se extiende a emprender lo que le sea posible para salvar el bien jurídico a cuya salvación está obligado. Lo que quiere decir que tiene que observar cualquier oportunidad de salvación y que se encuentra siempre obligado, si su actuación es apropiada para disminuir el peligro para el bien jurídico».

(94) Cfr. AT II, 1989, § 46 n. m. 23.

(95) *Vid.* NK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 120 ss.

(96) Cfr. SK, 2001, antes del § 13 nn. mm. 16 ss. Dubitativo sobre la aplicación de la teoría de la disminución del riesgo a los delitos de omisión impropia, KRÜPELMANN, GA 1984, p. 510.

(97) Cfr. 1979, pp. 207/208; el mismo, wistra 1982, p. 45.

(98) Sobre la responsabilidad en comisión por omisión de los titulares de establecimientos, cfr. GIMBERNAT, Roxin-FS, 2001, pp. 656 ss.

bb) Críticas a la doctrina de la disminución del riesgo: infracción del principio *in dubio pro reo* y transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro.

aaa) Los detractores de la teoría de la disminución del riesgo dirigen contra ésta dos objeciones: que infringe el principio *in dubio pro reo*, y que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

bbb) Lo primero que se objeta es que si basta con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de lesión —si basta, por consiguiente, para que se le pueda imputar la muerte al médico, no la seguridad, sino ya la probabilidad de que la acción omitida hubiera podido salvar la vida al paciente—, entonces la *posibilidad* de que la ejecución de aquélla hubiera sido inútil, y de que, por consiguiente, el paciente hubiera fallecido en cualquier caso, no se interpreta a favor, sino en contra del reo; en este sentido crítico se han manifestado, entre otros: Herzberg (99), Samson (100), Wachsmuth/Schreiber (101), Baumann/Weber (102), Jakobs (103),

(99) Cfr. MDR 1971, p. 882: «El sentido jurídico de la exigencia de causalidad es la prueba elemental de si es que al autor se le puede imputar el resultado como su obra. Una constatación de este contenido no puede ser adoptada cuando permanece indemostrado, en última instancia, si el comportamiento deseado hubiera influido el desarrollo dañoso del acontecimiento. Esto es una consecuencia del principio *in dubio pro reo*... Ella [la teoría de la disminución del riesgo] amplía desmesuradamente la responsabilidad en el campo de la omisión, y se encuentra en contradicción con el enjuiciamiento de hechos activos, así como, en última instancia, con el principio *in dubio pro reo*».

(100) *Vid.* 1974, p. 593, n. 68.

(101) Cfr. NJW 1982, p. 2096: «En definitiva, no se trata de otra cosa [en la teoría de la disminución del riesgo] que de una inversión de la carga de la prueba».

(102) AT, 9.^a ed., 1985, p. 240 «En el proceso penal la causalidad tiene que ser constatada, y a ello pertenece, según el derecho de prueba procesal-penal, que el juez esté convencido subjetivamente, y que, junto a ello, exista, objetivamente, una probabilidad rayana en la seguridad. Si sólo había una gran probabilidad a favor de que el resultado, si se hubiera actuado, no se habría producido, entonces la causalidad no puede ser constatada». En el mismo sentido, BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 23: «La evitación hipotética del resultado por la acción omitida tiene que ser con probabilidad rayana en la certeza. La constatación de que la acción habría disminuido el riesgo de producción del resultado no basta para afirmar la causalidad de la omisión. Porque la causación de un resultado es más que el aumento del riesgo del resultado, y, consecuentemente, la evitación de un resultado es más que la disminución del riesgo del resultado».

(103) Cfr. AT, 1991, 29/20.

Erb (104), Freund (105), Jescheck (106), Seelmann (107) y Schöнке/ Schröder/Stree (108).

ccc) La segunda objeción, por su parte, se formula así: Como en estos casos lo único que consta es que la acción no ejecutada habría reducido el riesgo de producción del resultado, pero no que lo hubiera evitado, ello supondría que no estaba acreditada la relación de (cuasi)causalidad entre omisión y resultado, por lo que, a pesar de que el homicidio, por ejemplo, es un delito de lesión, se estaría imputando el resultado típico, no a quien —médico que *no trata* una enfermedad con un alto índice de mortalidad— lo habría causado, sino sólo a quien lo habría puesto en un peligro del que no se sabe si es o no el que desembocó en la muerte (no se sabría si ésta se produjo como consecuencia de la omisión o como consecuencia de la enfermedad en sí, cuyo fatal desenlace habría sido inevitable con o sin medidas terapéuticas), situación ésta que lo más que podría fundamentar, y para el caso de que estuviese tipificado como tal, sería un *delito de peligro*. Esta objeción a la teoría de la disminución del riesgo la formulan, entre otros:

(104) V. 1991, p. 145 y *passim*.

(105) Cfr. 1992, p. 130.

(106) Cfr. LK, 1993 ss., § 13 n. m. 18.

(107) NK, 2001, § 13 n. m. 61: «En la medida en la que esta última opinión [teoría de la disminución del riesgo], a pesar de las dudas sobre la posibilidad de evitación del resultado, desde una contemplación *ex post*, carga en perjuicio del autor la oportunidad de salvación *ex ante*, ello sería una vulneración del principio *in dubio pro reo* y transformaría los delitos de omisión en delitos de peligro con condición objetiva de punibilidad». De todas formas, SEELMANN (*op. cit.*, *loc. cit.*) admite que «el argumento políticocriminal de que, sin teoría del aumento del riesgo, a los padres de un niño gravemente enfermo les estaría permitido renunciar a la ayuda médica en una enfermedad con un alto índice de mortalidad, debería estimular la creación de ... un nuevo tipo de delito orientado a la teoría del aumento del riesgo».

(108) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 61: «A una ampliación así de la responsabilidad [la propuesta por la teoría de la disminución del riesgo] se opone que, con ello, se le atribuye un resultado al autor omisivo que él, posiblemente, no hubiera podido evitar. Pero no es posible imputar, a quien permanece inactivo, la muerte, por ejemplo, de la persona a la que se tiene que proteger sólo porque haya desatendido una oportunidad de salvación y no haya disminuido un peligro; en otro caso, se le impondría una pena por sospecha. Pues la disminución del peligro no excluye la producción del resultado que hay que evitar; reducción del peligro para la vida, por ejemplo, no significa salvación de la vida en cualquier caso».

Schünemann (109), Wachsmuth/Schreiber (110), Baumann/Werber (111), Jakobs (112) y Seelmann (113).

Independientemente de la fuerza de convicción que pudieran tener esas dos objeciones que se dirigen contra la teoría de la disminución del riesgo, lo que no deja de ser una paradoja es que se formulen desde la doctrina dominante, ya que también a ésta se le pueden imputar *exactamente las mismas deficiencias*: si basta con una probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, entonces, porque se añade que aquélla tiene que lindar con la certeza, *no por ello deja de ser una probabilidad*, por lo que la doctrina dominante tendría que asumir que también ella infringe el *in dubio pro reo*, que transforma en delitos de peligro los de resultado, y que mide con dos varas distintas a los delitos de acción —donde se exige seguridad— y a los de omisión —donde supuestamente bastaría una probabilidad rayana en la seguridad (114)—. Con otras palabras: Tanto la doctrina dominante como la de la disminución del riesgo operan con la *probabilidad*, y porque la primera exija que sea limítrofe con la seguridad, y porque la segunda se conforme con que se haga menos probable la producción del resultado, no por ello ambas dejan de operar con ese criterio de la probabilidad, de donde se sigue que la diferencia entre las dos es puramente *cuantitativa*, pero no *cualitativa*.

(109) JA 1975, p. 655: «Además, difícilmente puede ser rechazado el reproche [dirigido contra la teoría de la disminución del riesgo] de que transformaría los delitos de resultado en delitos de peligro. Porque si la acción omitida posiblemente no habría impedido el resultado, entonces la omisión constituye la pareja que se corresponde con un hacer contrario al deber que se haya vinculado posiblemente con el resultado, no de acuerdo con las leyes de la naturaleza, sino sólo mediante una sucesión en el tiempo, y que, por ello, sólo tiene *carácter de peligro*» (cursivas en el texto original)

(110) Cfr. NJW 1982, p. 2096.

(111) AT, 9.^a ed., 1985, p. 240: «También aquí hay que rechazar, por consiguiente, la teoría del aumento del riesgo, para la que basta en la omisión, para la imputación del resultado, que la acción exigida hubiera elevado las posibilidades de salvación del bien jurídico amenazado. Esta concepción lleva, en sus resultados, a falsear los delitos de resultado como delitos de peligro abstracto, y atribuye, por ejemplo, a los delitos contra la vida una función que, en casos de desgracia, cumple el § 323 c [omisión del deber de socorro], cuya aplicación no presupone, en efecto, que el auxilio exigido hubiera llevado a la salvación (a la evitación del resultado)».

(112) Cfr. AT 1991, 29/20.

(113) Cfr. *supra* n. 107.

(114) Como hemos visto (*supra* n. 82), estas objeciones también se las dirige a la doctrina dominante, con razón, TORÍO.

La diferencia sólo se convierte en *cualitativa* cuando, de acuerdo con la teoría expuesta *supra* 2, se requiere *certeza* de la evitación del resultado; lo que sucede es, sin embargo, y como ya se ha expuesto, que la naturaleza de las cosas hace imposible constatar una seguridad sobre los efectos que podría haber desplegado un proceso causal hipotético, es decir: uno que no ha tenido lugar en la realidad.

d) *Resumen y toma de posición*

aa) De lo expuesto sobre cómo aborda la dogmática actual el problema de la (cuasi)causalidad de la omisión impropia, se desprende la sensación de que estamos ante una situación sin salida, ya que:

– la doctrina dominante es impracticable, especialmente –pero no únicamente– cuando la evitación del resultado depende de la ulterior intervención de un tercero –los comportamientos humanos no son determinables *ex ante*, y presuponer que esos terceros se habrían conducido conforme a la norma es introducir un elemento normativo en un juicio que debería ser estrictamente ontológico–, a quien el garante, infringiendo su deber, no ha dado la oportunidad de actuar, y cuando, en el Derecho penal médico, el facultativo, contradiciendo la *lex artis*, no interviene para atajar una enfermedad grave, porque en tales casos nunca se podrá saber si el enfermo, aunque se hubiera ejecutado la acción omitida, hubiera podido salvar su vida o su salud, es decir: nunca se podrá saber si la actividad debida hubiera evitado el resultado, lo que conduciría, en un aplicación consecuente de la doctrina dominante, a la *desaparición de hecho* de responsabilidades médicas (homicidios y lesiones imprudentes) en comisión por omisión;

– la teoría que exige *seguridad* de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, para que éste se le pueda imputar al garante, lleva igualmente –y con mayor razón– a la *práctica desaparición* de las responsabilidades por omisión impropia: del proceso causal hipotético, es decir: no-real, que habría desencadenado la conducta activa no ejecutada, precisamente por ser hipotético y, consiguientemente no-real, sólo se pueden establecer probabilidades, pero no seguridades, sobre cuáles habrían sido sus consecuencias, es decir: sobre si habría podido evitar o no el resultado;

– la teoría de la disminución del riesgo, es decir: aquella que se basta para imputar el resultado típico al garante con que la acción

omitida hubiera reducido el riesgo de lesión, es la que de hecho –aunque no lo quiera confesar– aplica la doctrina dominante –si no, hace tiempo que habría desaparecido de la faz del Derecho penal la responsabilidad por omisión impropia–, pero no se pueden negar consistencia a los reproches que se dirigen contra ella de que vulnera el principio *in dubio pro reo* y de que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

bb) Si la aplicación del principio –supuestamente esencial– de la omisión impropia de que la acción exigida debería haber evitado el resultado dejaría impunes la práctica totalidad de las inactividades a las que actualmente –y con razón– se las considera supuestos de comisión por omisión, si, en consecuencia, ese principio no opera para nada en la resolución concreta de los casos concretos que se presentan en la vida real, habrá que olvidarse de aquel principio, y concluir, realísticamente, que la circunstancia de que el hacer debido hubiera evitado o no el resultado no desempeña ningún papel para afirmar o negar la existencia de una comisión por omisión.

La solución habrá que buscarla, como he intentado exponer en otros lugares (115), en el nivel de riesgo permitido de los focos de peligro, y en si el correspondiente garante –o garantes– ha cumplido o no con su obligación de mantener en ese nivel –o de reconducirlo a él, en el supuesto de que hubiera sido ya sobrepasado– el foco de peligro causante del resultado típico, independientemente de si el cumplimiento de dicha obligación hubiera podido impedir o no la producción de ese resultado.

Todo ello supone un giro radical en la comprensión de la omisión impropia. Pero es en este terreno donde hay que seguir trabajando, si es que queremos salir alguna vez del callejón sin salida al que nos ha llevado la abiertamente equivocada concepción de la relación de (cuasi)causalidad en la comisión por omisión.

III. LA LLAMADA OMISIÓN POR COMISIÓN

Lo que caracteriza a los cuatro grupos de casos que vamos a estudiar bajo la denominación «omisión por comisión» es que, así

(115) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, RDPC 4 (1999), pp. 525-553; el mismo, *Modernas tendencias*, 2001, pp. 365 ss.

como en la comisión por omisión se trataría de comportamientos pasivos subsumibles en tipos penales que parecen pensados para conductas activas, en aquélla el problema que se discute es el de si tipos recortados aparentemente para sancionar omisiones abarcarían también, paradójicamente, y en algunos supuestos, conductas comisivas.

La denominación «omisión por comisión» aparece, por primera vez, en un artículo de v. Rohland de 1908 (116), y la consagra definitivamente, en 1922, v. Overbeck (117), habiéndose ocupado ya de estos grupos de casos, aunque sólo de pasada, y antes que esos dos autores, también Traeger, en 1904 (118). El primer trabajo sistemático y en profundidad sobre este problema se contiene en el ya mencionado artículo de v. Overbeck de 1922; sin embargo, este artículo pionero de v. Overbeck pasa casi desapercibido en las posteriores décadas hasta que es resucitado por Grünwald (1956), Armin Kaufmann (1959) y Meyer-Bahlburg (1962) (119). Pero quien da el, por así decirlo, chupinazo de salida de la discusión es Roxin con su artículo de 1969, publicado en el Libro Homenaje a Engisch (120), que es el que desencadena la numerosa –y todavía creciente– bibliografía posterior.

Como, a pesar de sus antecedentes en Traeger, v. Rohland y v. Overbeck, en la «omisión por comisión» se trata de un problema relativamente nuevo, existen todavía numerosas discrepancias sobre su contenido, su alcance y sus posibles soluciones –algunas de ellas apenas fundamentadas–, sin que se haya alcanzado tampoco un acuerdo terminológico, ya que, por dar un ejemplo, la ruptura de cursos causales salvadores ajenos (que aquí se estudia *infra* B), es tratada por algunos autores (121), no dentro de la omisión por comisión, sino como una particularidad de la causalidad en el *delito de acción*.

(116) Cfr. v. ROHLAND, 1908, p. 366: «Ommisivdelikt durch Begehung» («delito omisivo por comisión»)

(117) Cfr. el artículo de v. OVERBECK de 1922 citado en la bibliografía y que lleva por título «Unterlassung durch Begehung» («omisión por comisión»).

(118) Cfr., en la monografía de TRAEGER de 1904 citada en la bibliografía, las pp. 64/65.

(119) *Vid.* las obras de estos tres últimos autores, correspondientes a esos años, citadas en la bibliografía.

(120) *Vid.* la referencia de este artículo de ROXIN en la bibliografía

(121) Así, por ROXIN, AT I, 1997, § 11 nn. mm. 32 y 33, y por RUDOLPHI, SK, 2001, antes del § 1 n. m. 43.

En lo que sigue se van a estudiar los distintos problemas que presenta la «omisión por comisión», reuniéndolos en cuatro diferentes grupos de casos, de los cuales el primero va a ser dividido, a su vez, en tres subgrupos distintos. Con ello no se quiere decir que todos –o, al menos, algunos de– ellos tengan la suficiente entidad como para constituir una modalidad de comportamiento nueva –diferenciada tanto del comportamiento activo como del omisivo en sentido estricto–, ni que, por consiguiente, requieran de soluciones diferenciadas también, sino que de lo que se trata es, únicamente, de facilitar una información lo más precisa posible sobre lo que la doctrina –o un sector más o menos importante de ella– entiende por «omisión por comisión». Una vez que se hayan expuesto las características comunes de todos esos grupos y subgrupos de casos, y las soluciones que reciben por parte de la doctrina, sólo entonces será posible examinar si y hasta qué punto la omisión por comisión, en su sentido más amplio, necesita un tratamiento –y, en ese caso, qué clase de tratamiento– jurídicopenal diferenciado.

En el primer grupo de casos («Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado») es el propio omitente-comitente el que realiza un movimiento corporal que, supuestamente, y para un amplio sector de la doctrina, sería susceptible de ser subsumido en un tipo omisivo.

La ruptura de cursos causales salvadores ajenos (segundo grupo de casos) se caracteriza por que un *proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha*, y que habría podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un *movimiento corporal* por una *tercera persona*.

En el tercer grupo de casos (*omissio libera in causa*) se agrupan aquellos supuestos en los que, *también mediante una acción*, el sujeto se coloca en una situación de ausencia de imputabilidad o de comportamiento (122) para el momento en el que surja la obligación de actuar; por ejemplo, el guardabarreras ingiere alcohol o un narcótico, de manera que cuando tiene que bajar las vallas –cuando permanece inactivo– se halla en un estado de embriaguez plena o de inconsciencia. El paralelismo entre estos supuestos y los de la *actio libera in causa* es evidente, sólo que en esta última lo que es inimputable o no constitutivo de comportamiento es el *movimiento corporal* que, en última instancia, causa la lesión del bien jurídico.

(122) Sobre la ausencia de comportamiento cfr. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 187 ss.

Dentro del último grupo de casos se estudian, finalmente, aquellos supuestos en los que, mediante la *desconexión activa* de los instrumentos médicos que están manteniendo con vida al paciente (tubos, sondas, catéteres, respiradores), se produce la muerte de aquél.

A. Evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Este primer grupo de casos se caracteriza por que es el propio sujeto, sin intervención alguna de tercero, el que actúa; pero esa actuación tiene un distinto significado en función de cómo esté estructurado el supuesto. En mi opinión, y porque cada uno de ellos presenta sus propias peculiaridades, este primer grupo de casos debe ser dividido, a su vez y como ya se ha indicado, en tres subgrupos.

a) En primer lugar, hay que distinguir aquellos casos en los que el omitente, efectivamente, actúa, pero sin que ese movimiento corporal sea *determinante* para la no prestación del auxilio. Ello es lo que sucede en el supuesto de quien, llamado a filas, *desembarca* del buque que le llevaba a casa, *omitiendo* incorporarse al servicio militar para cuyo cumplimiento había sido citado legalmente (art. 604 CP) (123), o el de quien, para cumplir con la obligación —cuyo incumplimiento está penalmente sancionado— de denunciar a las autoridades determinados delitos (art. 450.2 CP: delitos que afecten a la vida, a la integridad o salud o a la libertad sexual) se dirige a correos para enviar la carta en la que pone en conocimiento de las autoridades la próxima comisión del hecho punible, *dándose la vuelta*, abandonando su propósito, antes de depositar el escrito denunciador (124).

b) El segundo subgrupo se caracteriza por la paradoja —*impuesta por las circunstancias objetivas*— de que si el sujeto quiere no prestar el auxilio al que está penalmente obligado, no le basta con permanecer inactivo, sino que, *necesariamente*, tiene que actuar. Como ejemplo de este subgrupo, del que prácticamente no se

(123) El ejemplo procede de v. OVERBECK, GS 1922, p. 325.

(124) El ejemplo procede de v. OVERBECK, GS 1922, p. 326.

ha ocupado la doctrina, puede servir el propuesto por Meyer-Bahlburg (125) del morador que cierra la puerta de su casa, que hasta entonces se encontraba abierta, a quien trata de entrar en ella perseguido por una jauría de perros, siendo despedazado posteriormente por éstos.

c) En el tercer subgrupo hay que incluir aquellos casos en los que la realización de un tipo aparentemente omisivo exige, igualmente, un comportamiento positivo del autor, pero en los que esa exigencia no deriva de una situación objetiva en la que no ha intervenido el sujeto [*supra b*)], sino de que éste ha puesto en marcha un curso causal salvador, *que se ha independizado de él* y que, si no lo rompe, va a mantener la integridad del bien jurídico protegido. Como ejemplos de este último subgrupo se pueden mencionar el de quien, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 450.2 CP, *la reclama* con éxito, impidiendo así que llegue al conocimiento de la policía (126), o el de quien, después de que ha lanzado un salvavidas atado a una cuerda, que se va aproximando a quien se debate para no perecer ahogado en las aguas, retira dicho salvavidas antes de que aquél —en quien ha reconocido a un enemigo— pueda asirse a éste para mantenerse a flote.

En estos dos casos, como la denuncia a las autoridades del hecho punible planeado ya ha sido cursada, y como el proceso causal de auxilio para quien se debate en las aguas ya ha sido puesto en marcha, para volver a la situación de no-denuncia y de no-auxilio se exige un comportamiento activo del sujeto que anule la cadena causal salvadora que el mismo había generado hasta el punto de que había llegado a independizarse de él.

Naturalmente que este tercer subgrupo *consiste también en la ruptura de un curso causal salvador* de la que nos vamos a ocupar *infra B*. Pero hemos preferido un tratamiento diferenciado de ambas modalidades de rupturas, ya que, así como existe casi unanimidad en que en la ruptura de cursos causales llevada a cabo por un tercero, éste comete un delito de *acción* y se le debe imputar el resultado típico —si un tercero desvía el salvavidas que A ha lanzado a B, y éste perece ahogado, aquél respondería, por consiguiente, por un delito contra la vida por acción—, en cambio, cuando quien rompe ese curso es *la misma persona* que lo ha puesto en marcha, la

(125) Cfr. GA 1968, p. 51.

(126) El ejemplo procede, otra vez, de v. OVERBECK, GS 1922, p. 328.

doctrina se divide entre quienes estiman que ese comportamiento debe ser calificado como una omisión propia y quienes creen que la calificación debe ser –como en la ruptura de cursos salvadores ajenos– de un delito de acción contra el bien jurídico que resulta lesionado.

2. SOLUCIONES QUE SE PROPONEN EN LA DOCTRINA PARA ESTE GRUPO DE CASOS

a) Por lo que se refiere al primer subgrupo (desembarque del buque que lleva al llamado a filas a su país, darse la vuelta quien se disponía a enviar la denuncia a correos), ejemplos ambos que proceden de v. Overbeck, la doctrina posterior prácticamente no ha discutido la calificación que deberían recibir.

En mi opinión, estos supuestos no presentan dificultad alguna, ya que se trata de tipos omisivos que se cumplen mediante un comportamiento *omisivo* también. Ciertamente que en todos estos casos hay una acción del omitente (desembarcar, darse la vuelta), pero ella es irrelevante para cumplir el tipo omisivo, *el cual se sigue realizando mediante una inactividad*: el que el llamado a filas desembarque fuera de su país, o el que el portador de la carta se dé la vuelta, no es lo que hace que la conducta sea subsumible en los artículos 604 o 450 CP, sino la *no presentación* en el centro de reclutamiento –compatible con que el autor hubiera seguido viaje hacia su patria– o la *no entrega* del escrito denunciador en correos –compatible, asimismo, con que el portador de la carta no se hubiera dado la vuelta (127).

b) Del segundo subgrupo de casos –las circunstancias objetivas exigen una *actividad*, si realmente se quiere no-auxiliar– únicamente se ha ocupado, por lo que alcanzo a ver, Meyer-Bahlburg. Según este autor, si el dueño de la casa *cierra* la puerta abierta

(127) En el mismo sentido que aquí, y oponiéndose a la construcción de v. OVERBECK de que la «lesión del servicio militar sería un delito de omisión si se permanece en el extranjero», y de que se cometería por comisión «si el autor se embarca en un buque para regresar a casa, pero del que, después, vuelve a desembarcar», v. HIPPEL, II, 1930, p. 154 n. 3, formula la siguiente «crítica: el subir y el bajar [del barco] son jurídicamente igual de indiferentes que que el autor, en ese tiempo, hubiera dormido o hubiera hecho cualquier otra cosa. Lo único decisivo es la omisión de volver a casa. Como hechos jurídicamente irrelevantes, el subir y el bajar no merecen siquiera ser mencionados».

para impedir que el perseguido por una jauría de perros pueda encontrar refugio, y aunque perezca por los mordiscos de los animales, aquél sólo respondería de una omisión del deber de socorro (128). Si esta solución fuera correcta, estaríamos aquí ante un caso paradigmático de «omisión por comisión», ya que el tipo del artículo 195 no se cumpliría, como es la regla, permaneciendo el autor *inactivo* ante una persona que se encuentra en peligro, sino mediante un *movimiento corporal* –cerrar una puerta– que es el que deja desamparado a quien iba a encontrar refugio.

c) De los tres subgrupos de casos descritos *supra* 1 el que ha sido objeto de una discusión doctrinal más intensa es el de la interrupción de un curso causal salvador por aquel que lo ha puesto en marcha (el sujeto, después de arrojarlo, retira el salvavidas que se aproxima a quien se está ahogando, o rescata de correos la carta en la que denunciaba la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el art. 450.2 CP, coincidente, en lo esencial, con el § 138 StGB).

Si el sujeto se hubiera limitado a permanecer inactivo *desde un principio*, esto es: si no hubiera hecho nada por auxiliar a quien se encontraba en el mar en situación apurada, si hubiera renunciado ab initio a comunicar a la policía, para que lo impidiera, que se iba a cometer un hecho punible, el enjuiciamiento de esos comportamientos negativos sólo permitiría una calificación: el *sólo omitente* respondería únicamente de una omisión del deber de socorro, en el primer caso, y, en el segundo, de una omisión del deber de denunciar determinados delitos. El problema que se plantea es el de si esa calificación debe experimentar alguna modificación porque la situación de no-auxilio o de no-denuncia no se ha producido como consecuencia de una mera inactividad, sino porque, después de que el sujeto, en un primer momento y mediante un comportamiento activo, ha intentado remediar la situación crítica, cambia de opinión y anula la cadena causal salvadora que el mismo ha puesto en marcha, retirando el salvavidas o la carta denunciadora que se encuentra ya en correos.

En el enjuiciamiento de estos supuestos la doctrina se encuentra dividida. Según una dirección, la interrupción de un curso salvador por la misma persona que lo ha puesto en marcha sólo fundamentaría una omisión propia. Según otros autores, en cambio, estos supuestos no deben experimentar una calificación dis-

(128) Cfr. MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 162; el mismo, GA 1968, pp. 51-52.

tinta de aquella a la que se somete la ruptura de cursos salvadores *ajenos*; por ello, quien retira el salvavidas que previamente había lanzado, y que se dirigía hacia quien se estaba ahogando, respondería, no de una omisión del deber de socorro, sino de un *delito contra la vida por acción*, y quien rescataba de correos la carta en la que previamente había denunciado la próxima comisión de un asesinato, y si la persona en peligro resultaba, efectivamente, asesinada, respondería, no de una omisión del deber de denunciar determinados delitos, sino de una *complicidad por acción en dicho asesinato*. Una última tesis, absolutamente minoritaria, coincide con la primera en que aquí estamos ante un delito de omisión, y con la segunda en que el sujeto debe responder por el resultado, pero no porque haya cometido un delito de comisión, sino uno de omisión impropia.

aa) A favor de la primera solución, esto es: de que en la interrupción del *propio* curso salvador el sujeto debe responder sólo por una omisión propia, se han manifestado, entre otros: v. Overbeck (129); Armin Kaufmann (130) («Por consiguiente, el intento truncado [Armin Kaufmann se refiere al ejemplo de quien reclama de correos la carta en la que denunciaba que se iba a cometer un delito] de llevar a cabo la acción exigida no tiene consecuencias dogmáticas: no modifica en nada la existencia de una omisión típica»); Androulakis (131); Roxin (132) («En nuestros ejemplos lo que sucede es que quien actúa deshace su propio intento de salvación, con la consecuencia de que la situación es la misma que si no hubiera actuado desde un principio. La aplicación de energía positiva y negativa se neutralizan, de tal manera que nuestro autor no debe recibir un tratamiento distinto de quien, desde un principio, ha mostrado su voluntad de no actuar salvadoramente. De estos ejemplos puede derivarse el principio general de que un hacer, cuando se presenta como el desistimiento de un intento de cumplimiento de un mandato, debe ser subsumido en el tipo de omisión cuyo mandato se ha infringido mediante una intervención activa. Con ello no es que el hacer se convierta en un omitir; nuestra conclusión hay que interpretarla, más bien, en el sentido de que el tipo de mandato contiene, como norma secundaria, la prohibición de un hacer como

(129) Cfr. GS 1922, p. 328.

(130) 1959, p. 108.

(131) *Vid.* 1963, p. 155.

(132) 1969, pp. 382-383.

el descrito productor del resultado»); Behrendt (133); Jakobs (134); Otto (135) («... que la ruptura de esfuerzos propios de salvación debe ser subsumible como omitir. Ese supuesto, llamado también desistimiento del intento de cumplir el mandato, no debe ser enjuiciado de manera distinta que una acción omitida de salvación omitida desde un principio»); Schönke/Schröder/Stree (136); Seelmann (137); y Rudolphi (138).

De todas formas, Roxin establece un «punto de no retorno», a partir del cual la ruptura del propio curso salvador convertiría al comportamiento en un delito de acción, que en el caso de quien termina ahogándose, sería contra la vida: «Si se quiere formular la idea de manera abstracta, podría decirse que el omitir por hacer se transforma en un delito de comisión en el momento en que el cumplimiento del mandato entra desde el estadio de la tentativa en el de la consumación, es decir, desde el momento en que el curso causal salvador ha alcanzado la esfera de la víctima. Para ello ni siquiera es necesario que quien padece el peligro tenga físicamente “en sus manos” el medio de salvación. Bastará con que la denuncia del delito de encuentre en el casillero del amenazado o con que quien se está ahogando hubiera podido agarrarse, sin ayuda ajena, al cable salvador» (139).

bb) Frente a esa dirección doctrinal, otro sector, igualmente numeroso, defiende que en estos supuestos de ruptura de la *propia* cadena salvadora el autor debe responder —por ejemplo, en el caso del salvavidas, y si quien se estaba ahogando perece— por un delito contra la vida *ejecutado por acción*, ya que sería irrelevante que el curso causal salvador haya sido puesto en marcha por la misma persona que luego lo rompe, que por un tercero, supuesto este último en el que existe amplio acuerdo en que ese tercero comete un delito de acción al que se debe reconducir la lesión del bien jurídico (v. inmediatamente *infra* B). En este sentido se han manifestado, entre otros:

(133) *Vid.* 1979, p. 190 n. 170.

(134) Cfr. AT, 1991, 7/62.

(135) AT, 1996, § 9 n. m. 21.

(136) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 160.

(137) *Vid.* NK, 2001, § 13 n. m. 25.

(138) Cfr. SK, 2001, § 13 n. m. 47.

(139) ROXIN, 1969, p. 387. En el mismo sentido: BAUMANN/WEBER, AT 1985, p. 239; JAKOBS, AT, 1991, 7/63 n. 108; KÜHL, AT, 2000, § 18 n. m. 21; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 2001, § 13 n. m. 160; SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 25; RUDOLPHI, SK, 2001, § 13 n. m. 47.

Langer (140); Engisch (141) («Después de que A, independientemente de si estaba o no obligado a ello, ha creado una situación sobre cuya base quien se estaba ahogando podía salvar su vida, y, con toda probabilidad, la hubiera salvado, la destrucción del próximo salvamento fue una actividad que produjo, causalmente, de acuerdo con las leyes de la naturaleza, el resultado típico de muerte. Contemplado desde la aplicación de energía en ese momento, no existe ninguna diferencia entre que un tercero, previamente, hubiera arrojado el salvavidas o que éste “hubiera caído del cielo”»); Samson (142); Schmidhäuser (143) («Al arrojar el anillo salvavidas, A ha realizado la aportación que le venía exigida por la situación de necesidad de X. Con su actuación subsiguiente [la retirada del anillo] A lleva a cabo una intervención que empeora la situación de X. Ahora concurre ya, por consiguiente, un delito de comisión, en el que no se precisa de una situación de garante del autor ... El resultado hay que imputarlo objetivamente a A, ya que, sin su intervención posterior, X se habría salvado; A debe ser castigado por homicidio»); Blei (144) [«Si es una comisión mediante hacer activo que alguien rompa una cadena causal que se dirige hacia la salvación (por ejemplo: se sujeta a quien está dispuesto a socorrer o se desvía una tabla que se dirige casualmente a quien se ahoga), entonces el mismo comportamiento no puede ser enjuiciado de una manera distinta, si alguien que ha puesto en marcha, primero, un proceso causal de salvación, y después de que se ha desprendido de él, lo anula mediante una intervención activa»]; Maurach/Gössel (145); Baumann/Mitsch (146); y Stratenwerth (147) («Si el autor ha creado, primero, oportunidades de salvación ... que, posteriormente, anula, entonces se trata de una intervención en un “proceso causal salvador”, es decir: de un caso de comisión»).

cc) Finalmente, Silva (148) estima que en estos casos la ruptura del curso salvador propio fundamenta una posición de garante

(140) Cfr. 1972, p. 499 n. 3.

(141) 1973, p. 183.

(142) Cfr. 1974, pp. 582 ss.

(143) AT, 1975, 16/108. V. también, y en idéntico sentido, el mismo, Studienbuch AT, 1982, 12-53.

(144) AT, 1983, p. 312.

(145) Cfr. AT II, 1989, § 45 n. m. 45.

(146) V. AT, 1995, § 13 n. m. 31.

(147) AT, 2000, § 13 n. m. 3.

(148) Cfr. 1986, p. 223; en idéntico sentido, el mismo, 1994, pp. 30-31. Como veremos *infra* B 2 c), SILVA mantiene la misma solución para el caso de ruptura de cursos salvadores ajenos.

por injerencia, y que, en consecuencia, al autor le es imputable el resultado en comisión por omisión.

3. TOMA DE POSICIÓN

a) Prescindiendo de los casos expuestos *supra a)*, y sobre los que ya he expresado mi opinión de que constituyen supuestos aporéticos de omisión propia, que se cumple, no porque, por ejemplo, el portador de la carta de denuncia de que se va a cometer un asesinato se dé la vuelta, sino simplemente porque *omite* la evitación de ese delito, quedan por resolver los supuestos de hecho a los que se ha hecho referencia *supra 2 b)* y *c)*.

b) En el supuesto de hecho tratado *supra 2 b)* (el morador cierra la puerta abierta de su casa, impidiendo así que se salve de ser muerto por una jauría de perros la persona que trataba de buscar refugio en aquélla) hay que adherirse a la opinión expresada por Meyer-Bahlburg —el autor que ha construido ese caso y el único que se ha pronunciado sobre él— de que ahí estamos ante una omisión del deber de socorro.

Esta solución exige que se explique cómo es posible subsumir una acción (*cerrar* la puerta) en un tipo penal que contiene un verbo aparentemente omisivo (art. 185.1: «El que *no socorriere* a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave ...»). Pero ello no presenta mayores dificultades, ya que se puede no-socorrer de dos maneras distintas: permaneciendo *inactivo* (omisión) cuando el «desamparado» no se puede salvar por sus propios medios, o bien *actuando* para desbaratar un proceso causal desencadenado por el «desamparado» (quien *corre* hacia la casa donde espera encontrar refugio), y que podría haber evitado la situación crítica, pues, desde un punto de vista gramatical, no existe obstáculo alguno en subsumir la acción de cerrar la puerta en el verbo típico «no-socorrer». Es cierto que el tipo del artículo 195.1 está recortado, *primariamente*, para abarcar conductas omisivas, pero ello no significa que no puedan subsumirse en él también, en determinados supuestos, y como es aquí el caso, y sin vulnerar el principio de legalidad, hacerlos positivos, de la misma manera que, si bien el delito de homicidio del artículo 138 está pensado, *primariamente*, para un comportamiento activo («matar»), nunca se ha apreciado problema alguno en aplicarlo, en determinados casos, a conductas consistentes en un

no-hacer, a saber: en un no-hacer consistente en una comisión por omisión.

En este sentido, el término «omisión por comisión» no recoge con precisión lo que caracteriza a este grupo de casos: no es que la acción de cerrar la puerta sea subsumible, *mediatamente*, en el tipo *exclusivamente* omisivo del artículo 195, sino, más bien, que éste es uno *ambivalente*, que abarca, ciertamente y primariamente, comportamientos pasivos, pero en el que también es posible incluir, *directamente* y *excepcionalmente*, determinados comportamientos activos como éste que ahora nos está ocupando: desde un punto de vista gramatical, no es preciso hacer violencia alguna a las palabras para poder afirmar que quien cierra una puerta de una casa, donde podría haber encontrado refugio el desafortunado perseguido por los canes, está no-socorriendo, no-auxiliando a quien se encuentra «en peligro manifiesto y grave».

c) El último grupo de casos que hay que resolver –ruptura de cursos causales salvadores propios: por ejemplo, el sujeto, después de arrojarlo, retira el salvavidas que se aproxima a quien se está ahogando, pereciendo éste bajo las aguas– es el que ha sido más intensamente estudiado por la doctrina, y para el que, como ya se ha indicado, se proponen tres soluciones distintas: considerarle una omisión propia, un delito de acción contra la vida, o uno de omisión impropia.

En mi opinión, y suscribiendo la dirección doctrinal expuesta *supra* 2 c) aa), todos los casos que ahí se incluyen deben ser considerados de omisión propia, pero no porque aquí nos encontremos ante una llamada «omisión por comisión», esto es: ante un hacer subsumible *mediatamente* en un delito omisivo, sino ante un comportamiento abarcado *directamente* por el artículo 195, en cuanto que el sentido literal posible de la expresión no-socorrer puede abarcar también –como se acaba de exponer *supra* b)– determinados haceres: quien retira la tabla que previamente había arrojado a quien se estaba ahogando, mediante esa acción «no-está-auxiliando» a la persona desamparada. Por lo demás, y en contra de lo manifestado por Roxin y sus seguidores (149), estos supuestos de hecho no merecen una calificación distinta en función de si la tabla se ha aproximado más o menos a quien está a punto de ahogarse: el *momento decisivo* que convierte a la ruptura del curso salvador en un *auténtico delito de acción en relación de causalidad con el re-*

(149) V. *supra* n. 139.

sultado lesivo, y como se expondrá más adelante, al estudiar la «desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo» (*infra D*), es cuando el proceso causal ha dejado de ser potencial (independientemente de si esa potencialidad era mayor o menor, porque la tabla estaba más o menos cerca de quien se estaba ahogando), y *se ha convertido en real*, pues si entonces se le arrebató al sujeto pasivo el salvavidas al que *ya* está asido, será ese comportamiento activo el que —como en cualquier otro delito de acción— haya producido el resultado típico.

Por lo que se refiere a la tesis reproducida *supra 2 c) bb)*, de que aquí estaríamos, como en la ruptura de cursos salvadores *ajenos*, ante un delito de acción, me remito a la crítica que contra esa concepción expondré más adelante, y en la que someteré a un tratamiento unitario la ruptura de cursos salvadores *sin más*, pues, en mi opinión, lo determinante no es si dichos cursos son propios o ajenos, sino si lo que se interrumpe es uno en el que existía la obligación de garante de evitar el resultado.

Para la crítica de la concepción de *Silva*, expuesta *supra 2 c) cc)*, de que estos supuestos deben calificarse de una omisión impropia, me remito igualmente a lo que se dirá *infra B 3 c)*. En cualquier caso, el argumento de *Silva* de que esa comisión por omisión vendría fundamentada en una posición de garante por injerencia (por la injerencia de arrojar la tabla) no puede convencer, pues lo que caracteriza a esta posición de garante es que el omitente ha *elevado*, mediante un hacer precedente (por ejemplo, *abriendo* una zanja, que luego no señala al llegar la oscuridad, rompiéndose una persona una pierna al caer violentamente dentro de ella), el riesgo de producción del resultado, mientras que aquí sucede todo lo contrario: mediante un hacer precedente (que luego interrumpe) el autor había *disminuido* (al poner en marcha un curso salvador) el peligro de que el bien jurídico resultara lesionado.

Con lo expuesto no doy por finalizado el estudio de la ruptura de cursos salvadores propios, ya que, después de ocuparme de la ruptura de cursos salvadores ajenos, volveré a ocuparme de este grupo de casos *infra B 4 c)*, aprovechando ulteriores conclusiones extraídas de dicho análisis.

B. Ruptura de cursos causales salvadores ajenos

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

a) *La cuestión en la doctrina*

La ruptura de cursos causales salvadores ajenos se caracteriza por que un *proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha*, y que habría podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un *movimiento corporal de un tercero*.

a) La cuestión en la doctrina.

Además del caso del salvavidas que se desliza ya hacia el bañista que se encuentra en apuros y que es retirado por una tercera persona (ruptura *a posteriori* de un curso salvador), descrito por primera vez por Traeger (150), en la variante de que B impide que A llegue a poner en marcha el curso salvador, sujetándole por la fuerza antes de que lance el flotador que podría salvar a X de morir ahogado (ruptura *ab initio* del curso causal salvador), otros supuestos que pertenecen a este grupo de casos son los siguientes:

- Un tercero impide al enfermero que administre un antídoto a quien, a consecuencia de un error, se le ha inyectado un producto que, en la sobredosis aplicada, se ha convertido en venenoso (151).
- Quien iba a denunciar un delito se ve impedido violentamente de hacerlo por parte de otro sujeto (152).
- Cuando A va a administrar a B la medicina contenida en una ampolla que salvaría la vida de este último, C tira la ampolla contra el suelo, destruyéndola (153).
- Cuando el camionero A se dispone a trasladar a B, que acaba de sufrir un infarto, a un hospital, C se apodera de la llave de encendido del vehículo, haciendo imposible el salvamento (154).

(150) 1904, p. 65.

(151) El ejemplo se describe, por primera vez y por lo que alcanzo a ver, por v. ROHLAND, 1908, p. 14, y reaparece continuamente, con algunas variantes, en la posterior discusión.

(152) El ejemplo procede, como tantos otros, de v. OVERBECK, GS 1922, p. 331.

(153) El ejemplo procede de Armin KAUFMANN, 1959, p. 196.

(154) El ejemplo procede de MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 16.

– A, que va a avisar a una ambulancia para que traslade a un hospital a quien ha sufrido un accidente, no logra hacerlo porque el propietario de la vivienda le impide utilizar el teléfono (155).

– El tercero amenaza con un mal a A, si éste persiste en su intento de salvar a otra persona, renunciando entonces el amenazado a ejecutar la acción de auxilio (156).

– En el lugar de un accidente A se dispone a prestar auxilio a quien lo ha sufrido (X), pero desiste de ello porque un tercero le engaña y le dice, faltando a la verdad, que X ya ha sido trasladado a un hospital (157).

b) La cuestión en la jurisprudencia.

Como el descubrimiento de este grupo de casos –y, con ello, su aprehensión teórica– no se produce hasta una época relativamente reciente, por ello, porque se desconocía su existencia, ni en la jurisprudencia española ni en la alemana se encuentran casos reales que hayan sido examinados por los tribunales desde la perspectiva de la «ruptura de cursos salvadores ajenos». Pero ello no quiere decir que no hayan tenido que enjuiciarse supuestos que presentaban estas características, aunque no se las reconociera en los Antecedentes de Hecho, ya que una manera de conseguir la lesión de un bien jurídico es precisamente la de desbaratar una cadena causal que hubiera podido salvarlo.

Y así, y por citar un ejemplo, la sentencia del TS de 8 de noviembre de 1961, A. 3812, se ocupa de un caso en el que una mujer, con intención de suicidarse, ingirió una solución concentrada de ácido clorhídrico, expresando después su deseo de ser tratada y de sobrevivir. El marido, Francisco, que vio en ese intento de suicidio una oportunidad de poder heredar a su acaudalada esposa, ejerció distintos hechos positivos dirigidos a interrumpir el «curso salvador ajeno» del médico que había acudido para atender a la mujer. «Francisco», se puede leer en la sentencia, «manifestó [falsamente] al médico que su esposa había escupido el ácido al llegarle a la boca, incluso mostrándole señales en el suelo», convenciendo al facultativo de que «la ingestión de ácido había sido nula o escasísima», lo que condicionó que aquélla no fuera ingresada urgentemente en un hospital, donde podría haber sido tratada de la intoxi-

(155) El ejemplo procede de MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 16.

(156) El ejemplo procede de Armin KAUFMANN, 1959, p. 196.

(157) El ejemplo procede de Armin KAUFMANN, 1959, p. 196.

cación, muriendo posteriormente a causa del envenenamiento. Frente al recurso del Ministerio Fiscal, que estimaba que esos hechos deberían ser considerados un parricidio doloso, el TS confirma la condena de la Audiencia Provincial por un delito de auxilio al suicidio.

Independientemente de cómo deba calificarse esta conducta, lo que parece obvio es que nos encontramos ante un caso paradigmático de «ruptura de cursos salvadores ajenos», ya que la acción del marido no va dirigida a provocar inmediatamente la muerte —la muerte se produce, más bien, por la ingestión del ácido clorhídrico *que se había administrado directamente la propia víctima*—, sino que su efecto es que rompe una cadena causal de salvación ya iniciada —el tratamiento médico— que no se concreta, *a consecuencia de la acción engañosa a la que el autor somete al facultativo*, en su posterior y lógica evolución de una terapia hospitalaria de urgencia.

2. SOLUCIONES PROPUESTAS EN LA DOGMÁTICA

La doctrina absolutamente dominante no tiene dudas sobre cómo deben ser calificadas estas rupturas (*ab initio* o *a posteriori*) de cursos salvadores ajenos: como delitos de acción (158) a los que se les deben imputar las eventuales lesiones producidas en los bienes jurídicos. Por consiguiente y por ejemplo: si A impide que B auxilie a X, porque le sujeta, porque le amenaza con un mal, porque le impide que utilice el teléfono, porque le engaña, diciéndole que X ya ha recibido asistencia, A respondería de un delito de homicidio por acción (159), y *todo ello independientemente de si aquél a quien se impide realizar la acción de salvamento es garante o sólo está obligado a actuar, como omitente propio, sobre la base del artículo 195 CP, e independientemente también de si es garante o no quien rompe el curso salvador* (160).

(158) Minoritariamente, Arthur KAUFMANN/HASSEMER, SILVA y SEELMANN estiman que aquí estamos ante delitos de omisión impropia (*vid. infra c.*). V. OVERBECK, GS 1922, p. 331, MEYER-BAHLBURG, GA 1968, p. 51, y HERZBERG, 1972, p. 44, estiman, muy minoritariamente también, que quien rompe cursos salvadores ajenos debe responder sólo por una omisión *propia*.

(159) O por una tentativa de homicidio si X, no obstante y por otros medios, consigue salvar la vida.

(160) Cfr., en este sentido, por todos: Armin KAUFMANN, 1959, pp. 196 ss.; MAURACH/GÖSSEL, AT II, 1989, § 46 n. m. 50; ROXIN, 2000, p. 472.

En lo que sigue, y partiendo de que la práctica totalidad de los autores considera la ruptura de cursos causales salvadores ajenos delitos de acción a los que hay que imputar el resultado típico, en el caso de que éste se produzca, se exponen las dos posiciones mayoritarias vigentes en la doctrina en función de si el *fundamento* de dicha imputación es que tales rupturas han *causado efectivamente* el resultado [*infra a*]), o de si, *aun admitiendo que esa relación causal no existe*, no obstante se llega a la misma calificación, argumentándose con el principio —análogo al de la (cuasi)causalidad de la omisión impropia— de que, si se suprime mentalmente la acción de ruptura, el resultado típico, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se habría producido [*infra b*] (161). Finalmente [*infra c*]), nos ocuparemos de una tesis minoritaria que, como las otras dos, *también* llega a la imputación del resultado a quien rompe el curso salvador, pero por estimar que aquí estaríamos ante un caso de *omisión* (impropia).

- a) *La acción de ruptura constituye un delito de comisión, y el resultado debe ser imputado a dicha acción porque entre ésta y aquél existe una relación de causalidad*

Consideran que a la acción de ruptura de un curso salvador ajeno se le debe imputar el resultado, porque entre aquélla y éste existe una efectiva relación de causalidad, y entre otros: Traeger (162) («La acción de B [el que impide que A llegue a arrojar el salvavidas] es igualmente causal para la muerte de X [del bañista]. Pues si suprimimos mentalmente la acción de B, entonces X —con toda probabilidad— habría sido salvado»); v. Rohland (163) («Por consiguiente, y por una parte, se puede causar un resultado directamente creando condiciones positivas, y, por otra parte, e indirectamente, destruyendo condiciones impeditivas. Allí la causalidad consiste en la colocación de causas; aquí, en la destrucción de la contra-causa»); Frank (164); Engisch (165) [«Recordemos el ejem-

(161) JESCHECK (LK, 1993 ss., antes del § 13 n. m. 90), OTTO (AT, 1996, § 9 n. m. 8), KÖHLER (AT, 1997, p. 215), WESSELS/BEULKE (AT, 2000, n. m. 700), y KÜHL (AT, 2000, § 18 n. m. 20), entre otros, sin fundamentación alguna, es decir: sin especificar si entre la ruptura del curso salvador y el resultado existe o no relación de causalidad, se limitan a afirmar que en estos casos estamos ante un delito de acción y que el resultado debe ser imputado a quien rompe dicho curso.

(162) 1904, p. 605.

(163) 1908, p. 363.

(164) Cfr. StGB 1931, p. 17.

(165) 1931, pp. 27/28.

plo de que un guardagujas sea narcotizado o atado, y que ahora no puede ya cambiar las agujas. Puede pensarse, además, en que alguien, que está a punto de salvar a quien se ahoga, sea sujetado ... Como podemos decir que estas personas, mediante un comportamiento apropiado, habrían impedido ciertas modificaciones que se producirían temporalmente más tarde (el choque, el ahogamiento), aquellas intervenciones de apartamiento (como negación de una negación, es decir: como negación de la evitación del resultado) y el resultado típico figuran entre sí en una relación conforme a las leyes de la naturaleza, y, con ello también, el comportamiento cuya causalidad se quiere examinar y el resultado»]; v. Liszt/Schmidt (166) («La causación de la no evitación es hacer positivo y no omisión. Ejemplo: A retiene violentamente a B, que quiere salvar a C»); Mezger (167) («... naturalmente que la inhibición de un impulso o la evitación de la evitación del resultado no es omitir, sino hacer positivo»); Armin Kaufmann (168) («Quien impide violentamente la acción de salvamento, no sólo comete una coacción, sino que causa el resultado cuya evitación impide violentamente»); Stree (169); Rodríguez Mourullo (170); Nickel (171) («En cualquier caso, cuando el tercero capaz de –y dispuesto a– ayudar es anulado totalmente por el autor, la opinión dominante acepta, con razón, autoría por comisión, afirmando la causalidad»); Samson (172) («Quien rompe una cadena causal evitadora, es causal para el resultado»); Puppe (173); Baumann/Mitsch (174) («Los casos en los que el autor, mediante una intervención activa, impide el éxito de un acontecimiento ya iniciado de evitación del resultado, no presentan ninguna clase de problemas jurídicos específicos de omisión. Se trata de un delito de *comisión* si, sin aquella intervención, el resultado típico hubiera sido evitado por el intento de salvación. Porque en ese caso la intervención impediendo de la salvación es causal para el re-

(166) Lehrbuch, 1932, p. 170, n. 1.

(167) Strafrecht, 1933, p. 133, n. 13.

(168) 1959, p. 190, cursiva en el texto original. Cfr., también, pp. 195 ss, y el mismo, 1963, p. 219 n. 29.

(169) Cfr. 1966, p. 158.

(170) Cfr. 1966, p. 295.

(171) 1972, p. 44.

(172) 1974, p. 591.

(173) V. ZStW 92 (1980), pp. 903 ss.; la misma, NK, 2001, antes del § 13 n. m. 98.

(174) AT, 1995, § 15 n. m. 31, cursiva en el texto original.

sultado típico»); Jakobs (175) («También existe causalidad para un resultado en la ruptura activa de procesos salvadores»); Cerezo (176) («Si A impide, mediante el empleo de violencia o intimidación, que B, experto nadador, se eche al agua para salvar al niño C que se está ahogando en el río, su acción es causal para la muerte de C, pues haciendo abstracción de ella el resultado concreto habría dejado de producirse»); Muñoz Conde (177); Kühl (178); y Rudolphi (179) («Con la ayuda de la condición conforme a las leyes de la naturaleza puede concebirse, sin esfuerzo, la causalidad en la ruptura de procesos causales salvadores. Si A rompe un proceso causal salvador, si, por consiguiente, y por ejemplo, impide a B que salve a C —que se está ahogando—, o si sujeta una tabla que la corriente lleva hacia C, y con la que C se hubiera salvado, entonces su acción se encuentra en una relación conforme a las leyes causales con el ahogamiento de C en tanto en cuanto ha roto un proceso causal que, de acuerdo con nuestro saber empírico, habría evitado el resultado típico»).

Las contradicciones de los que afirman una relación de causalidad entre la acción interruptora de un curso causal salvador y el resultado se ponen de manifiesto, como en ningún otro autor, en Roxin. Éste, después de afirmar que «en los delitos de comisión, *en principio*, no tiene influencia en la causalidad ningún proceso causal hipotético», establece, no obstante, «una pequeña limitación» (180) para los supuestos de ruptura de cursos salvadores, donde, efectivamente, para poder establecer una conexión material entre la acción de ruptura y el resultado, hay que acudir a la consideración hipotética de que si A no *hubiera* retenido la tabla que la corriente dirigía hacia B, el resultado de muerte de éste —porque, *con mayor o menor probabilidad*, habría podido

(175) AT, 1991, 7/22.

(176) PG, II, 1998, pp. 55-56.

(177) Cfr. PG, 2000, p. 273.

(178) Cfr. AT, 2000, § 18 n. m. 36.

(179) SK, 2001, antes del § 1 n. m. 4. V. también el mismo, 1966, p. 115.

(180) AT I, 1997, § 11 n. m. 22, cursivas añadidas. En el § 11 n. m. 52 ROXIN vuelve a afirmar: «Como ya sabemos, en la causalidad de los delitos de comisión los procesos causales hipotéticos son, por lo general, irrelevantes», queriendo decir con la expresión «por lo general» que en la ruptura de cursos salvadores hay que establecer la «pequeña limitación» de que ahí sí que son relevantes tales procesos hipotéticos.

asirse al salvavidas— no se habría producido. Con otras palabras: Si se quiere establecer una relación de causalidad entre acción de ruptura y muerte, entonces es imprescindible tener en cuenta el curso causal *hipotético* —y *no-real*— de qué es lo que *habría sucedido* si —al no haber intervenido A— la corriente hubiera seguido arrastrando la tabla en dirección hacia el que se estaba ahogando.

Roxin expone de esta manera que en el *delito de comisión* de ruptura de cursos salvadores existe relación de causalidad, y que ésta se debe establecer teniendo en cuenta el proceso hipotético que habría acontecido si aquella acción no se hubiera efectuado: «El caso más difícil para la teoría de la equivalencia lo constituye la constatación (poco frecuente en la práctica) de la evitación de procesos causales salvadores. El autor retiene un bote neumático o un perro que se dirige hacia quien se debate en las aguas: la víctima, que si no se hubiera salvado, perece ahogada. O: alguien destruye una medicina que es la única que puede salvar a otra persona; o alguien secciona la manguera del servicio de incendios que habría apagado el fuego. Existe unanimidad en que en tales casos quien actúa debe ser castigado como autor de un delito consumado de comisión, si el proceso causal que ha impedido hubiera evitado el resultado típico con una probabilidad rayana en la seguridad. Lo que es dudoso es cómo es posible fundamentar la causalidad del agente. Ésta falta, si por causalidad se entiende una “fuerza activa” dinámica causante del resultado. En nuestros ejemplos sólo serían entonces causales el agua, la enfermedad o el fuego, mientras que la actuación humana no aparece en el proceso causal, sino que sólo aparta de éste obstáculos potenciales. A veces se deriva de una argumentación así la inidoneidad general del principio causal. Pero un concepto causal así de “metafísico” no es el del Derecho. Éste se conforma con la sucesión de acontecimientos conforme a las leyes de la naturaleza. Pues la evitación del acontecimiento salvador está condicionada conforme a las leyes de la naturaleza, de la misma manera como aquél habría evitado el resultado de acuerdo con las leyes generales. Si fuera de otra manera, entonces el autor no podría alcanzar con éxito, de ese modo, un plan perfectamente planeado. Ciertamente que esta constelación, en comparación con todos los demás casos de causalidad por comisión, presenta la peculiaridad de que, para constatarlo, hay que recurrir a un proceso causal hipotético: a la salvación que se habría producido si el autor no hubiera actuado. Pero esto no significa una refutación, sino sólo una

puntualización del principio de que la conexión real de acontecimientos no puede ser nunca sustituida por procesos causales hipotéticos; pues aquí no se sustituye la actuación del autor por un proceso causal que se añade mentalmente, sino que únicamente se complementa. Dentro del marco de esa complementación hay que tener en cuenta, de todas formas, todas las circunstancias hipotéticas: y así, por ejemplo, el autor *no* es causal si derrama un suero que habría salvado la vida, “si éste, en cualquier caso, habría sido destruido por la acción del calor en el vuelo que lo transportaba al agonizante B”» (181).

- b) *La acción de ruptura constituye un delito de acción, y, a pesar de que entre aquélla y el resultado no existe relación de causalidad, no obstante el agente debe responder por dicho resultado, porque, con una probabilidad rayana en la seguridad, aquél no se habría producido si el autor no hubiera roto el curso causal salvador*

Frente a la posición de estos autores, otro sector de la doctrina, mucho menos numeroso, considera que entre la ruptura de un curso salvador y el resultado no existe una causalidad real, sino sólo una hipotética, aunque por lo general, y dado que en la comisión por omisión la doctrina dominante se conforma, para imputar el resultado, con que la acción omitida *hubiera podido evitarlo*, de ahí que tampoco presente muchas dificultades, sobre la base de esos mismo presupuestos, imputar también el resultado típico a la acción que interrumpe el curso salvador que, hipotéticamente, hubiera evitado el resultado. En este sentido se manifiestan, entre otros, Grünwald (182) («La ruptura de una serie causal que evitaría el resultado por lo general se reputa, sin reparos, como causal para este resultado, a pesar de que aquí también, a partir de la ruptura, se pronuncia un juicio sobre la sucesión pensada de acontecimientos pensados. La afirmación de que la ruptura de una “serie causal salvadora” sería causal para el resultado, es incorrecta. Esa incorrección es, por lo general, inocua; en el principio figura una cadena causal real que se origina a partir de una manifestación de voluntad, es decir, de una acción, y a ésta se le aplica una valoración de la misma manera que a la acción causante de un resultado. Sólo existe una

(181) ROXIN, AT I, 1997, § 11 nn. mm. 32 y 33, cursiva en el texto original.

(182) 1956, p. 11 n. 5.

peculiaridad: la constatación de la causalidad, que es una hipotética a partir del “punto de ruptura”, también aquí es sólo un juicio de probabilidad»); Kahrs (183) («Si [el autor] ha actuado activamente, obstruyendo a quien estaba dispuesto a salvar, y si su comportamiento jurídicamente inobjetable habría consistido en permanecer pasivo, entonces es responsable del resultado, a pesar de que no ha causado el resultado en sentido científiconatural»); y Schmidhäuser (184).

- c) *En la ruptura de cursos causales salvadores ajenos no existe ni un delito de acción ni una relación de causalidad, pero el autor debe responder igualmente por el resultado porque ha cometido una omisión impropia*

Finalmente, Silva estima que en la ruptura de cursos salvadores ni hay relación de causalidad (185), ni hay, tampoco, un delito de acción, pero mantiene, con la doctrina absolutamente dominante, que quien rompe dicho curso también debe responder por el resultado, pero en *comisión por omisión*, ya que aquella ruptura fundamentaría en quien rompe el curso una posición de garantía por injerencia (186).

3. CRÍTICA

Independientemente de la *solución* que puede darse a la ruptura de cursos salvadores ajenos, cuestión de la que me ocuparé *infra 4 d)*, lo que ya se puede decir es que de las tres *fundamentaciones* que hasta ahora ha ofrecido la doctrina para explicar *por qué al autor de le debe imputar el resultado*, ninguna de ellas puede vencer.

(183) 1968, *passim* (p. 217).

(184) Cfr. AT, 1975, 8/76.

(185) Cfr. 1986, pp. 228 ss.; 1994, pp. 33-34.

(186) Cfr. 1986, pp. 240 ss. Para Arthur KAUFMANN/HASSEMER, JuS 1964, p. 156, quien interrumpe un curso salvador ajeno responde, como estima la doctrina dominante, por el resultado, pero no porque cometa un delito de acción, sino uno –y tal como mantiene también SILVA– de omisión impropia. Cfr. también SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 35: «Por faltar la *conditio sine qua non*, aquí [en la ruptura de cursos salvadores ajenos] hay que partir de una omisión».

- a) *Crítica a los que fundamentan la imputación del resultado a la acción de ruptura porque se trataría de un delito de acción en relación de causalidad con la lesión del bien jurídico*

Para esta dirección doctrinal el sujeto, al impedir, *ab initio* o *a posteriori*, un curso causal salvador estaría cometiendo pura y simplemente un delito de acción. Es cierto que en estos supuestos estamos ante un comportamiento positivo en la medida en que el sujeto no se abstiene, sino que ejecuta un *movimiento corporal*; pero esta última circunstancia no legitima para afirmar que de lo que se trata aquí es de un delito de acción como otro cualquiera. Porque los delitos de acción que hasta ahora conocíamos no sólo se caracterizaban por que se llevaba a cabo un movimiento corporal, sino, *además*, por que ese movimiento corporal se encontraba en una relación causal físiconatural con el resultado: el disparo (movimiento corporal de A) es el que, al penetrar en el corazón de la víctima, ha provocado *materialmente* su muerte. En cambio, en la ruptura de cursos salvadores el movimiento muscular *no causa físiconaturalmente* la muerte, sino que sólo impide que un proceso causal que *podría* haber salvado la vida de otra persona haya entrado en juego: existe una diferencia ontológica esencial entre lo que hasta el momento se había considerado en Derecho penal un indubitado delito de acción (A *ahoga* a B, *sumergiéndole* la cabeza en el agua hasta que perece asfixiado), y lo que ahora también se nos pretende hacer pasar por un delito de acción: si A impide que llegue a X el salvavidas que B ha arrojado para rescatarle, A no le ha ahogado *materialmente*, sino que sólo ha impedido que desplegara sus efectos un proceso causal que podría haberle salvado, con mayor o menor probabilidad, dependiendo de la presencia de ánimo de X, y, también, del estado más o menos enfurecido del mar, lo que significa, además, que así como en el *tradicional* delito de acción existe *seguridad* de que es el movimiento muscular el que producido la modificación en el mundo exterior del resultado típico, en estos *supuestos* delitos de acción ni siquiera puede acreditarse que esa lesión del bien jurídico pueda reconducirse, con absoluta seguridad, al movimiento corporal de ruptura del curso salvador.

Ciertamente que, entre los autores que afirman que en estos supuestos estamos ante un delito de acción que se encuentra en relación de causalidad con el resultado, figuran aquellos que también consideran a las condiciones negativas –a las omisiones– causales para el resultado, por lo que, para dichos autores, no sería tan in-

consecuente sostener que quien impide una condición evitadora coloca, con ello, una condición negativa de ese resultado. La inconsecuencia es manifiesta, en cambio, en aquellos otros autores que, a pesar de que sostienen que las condiciones negativas no figuran en conexión material con el resultado, establecen una *excepción* para estos casos en el sentido de que la ruptura de cursos salvadores sería causal para la lesión del bien jurídico, a pesar de que, como mucho, esa ruptura sólo podría ser considerada como una condición negativa (187).

Por consiguiente y para concluir: Equiparar la causalidad del delito tradicional de acción con la interrupción de cursos salvadores ajenos supone incluir en un mismo concepto (delito de comisión) dos fenómenos completamente distintos, que sólo tienen en común que, en ambos casos, el autor realiza un movimiento muscular: pero, mientras que en aquél existe una causalidad físiconatural entre ese movimiento y el resultado típico (la muerte de B es reconducible materialmente a A, que ha sumergido a B en el agua hasta ahogarle: causalidad real y no hipotética), en la ruptura de cursos salvadores ésta no constituye una aplicación de energía que se transforma mecánicamente en la producción del resultado, sino que se limita a impedir la entrada en juego de una cadena causal que, tal vez, habría impedido el resultado. Y de la misma manera que una condición negativa no es causa material del resultado, por lo que, como hemos tratado de demostrar *supra* II B 2 b) bb), las omisiones no están en relación de causalidad con aquél, tampoco puede ser causal una intervención activa cuya eficacia en el mundo exterior se agota en la permanencia de una condición también negativa del resultado: se agota en que el envenenado *no* puede ingerir el antídoto, o en que el bote *no* alcance a quien se está ahogando. Por lo demás, y a diferencia de la causalidad real del auténtico delito de comisión, donde la conexión entre acción y resultado se puede establecer con absoluta seguridad (A ha muerto *porque* B le ha disparado), en la ruptura de cursos salvadores se hace necesario acudir a la especulación hipotética de si el resultado se habría producido o no en el caso de que ese curso no hubiera sido interrumpido.

(187) Sobre esta contradicción ha llamado la atención, con razón, PUPPE, ZStW 92 (1980), p. 898: «Esto incluso lo reconocen los enemigos de incluir la negación en las explicaciones causales cuando en la ruptura de procesos causales salvadores ... fundamentan la imputación, en última instancia, en un “hecho negativo”».

pido. Con ello reaparecen todos los problemas de imputación del resultado característicos de la omisión impropia (¿habría salvado el enfermo A la vida, si B no hubiera impedido al médico C tratarle, o la muerte, teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad, habría sobrevenido en cualquier caso, aun sin interrupción del curso salvador?), y con los que, como hemos visto anteriormente, se tienen que enfrentar todos los procedimientos hasta ahora ideados para poner en conexión una condición negativa con una modificación del mundo exterior (¿hay que exigir probabilidad rayana en la certeza, o seguridad de evitación del resultado, o solamente disminución del riesgo de lesión?).

- b) *Crítica a los que, negando la relación de causalidad entre la ruptura del curso salvador ajeno y el resultado, y acudiendo a un procedimiento análogo al que rige para la omisión impropia, imputan el resultado a aquella ruptura siempre que, sin ésta, la lesión, con una probabilidad rayana en la seguridad, no se hubiera producido*

Como hemos visto, esta segunda dirección doctrinal estima, igualmente, que la ruptura del curso causal salvador supone un delito de acción al cual se le debe imputar el resultado producido. Pero esa imputación no derivaría de que aquí estaríamos ante un movimiento muscular *causante* del resultado, sino de la circunstancia de que, si suprimo mentalmente la intervención interruptora, el resultado (de muerte) no se habría producido, ya que la víctima se habría podido asir al flotador. El fundamento de por qué en estos supuestos, no obstante reconocerse la ausencia de causalidad físico-natural entre acción y resultado, éste puede ser reconducido a aquélla, se establece con un razonamiento análogo al que rige para la omisión impropia: si en ésta, y a pesar de que la inactividad no causa el resultado, se responde de su producción, porque la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría impedido la lesión, no existiría inconveniente en argumentar de manera parecida para la ruptura de cursos salvadores: si el sujeto *no hubiera actuado* –no hubiera roto el curso salvador–, entonces, con una probabilidad rayana en la seguridad, el resultado tampoco se habría producido.

Contra esta tesis hay dos cosas que objetar.

En primer lugar, que al tener que acudir a un proceso causal hipotético (¿se habría evitado el resultado si el autor no hubiera roto

el curso causal salvador?), tiene que enfrentarse con todos los inconvenientes que se le presentan, como he expuesto anteriormente, a todos los que en la omisión impropia operan con una fórmula más o menos adaptada de la *conditio sine qua non*, y con los que se tienen que enfrentar también –como acabamos de ver *supra b)*– los que mantienen que entre ruptura del curso salvador y resultado típico existe una efectiva causalidad material.

Y, en segundo lugar, que, a diferencia de la tesis criticada *supra a)*, que, aunque equivocada, al menos proporciona una *fundamentación*, porque si fuera cierto –que no lo es– que la ruptura del curso salvador causa materialmente el resultado, entonces, *de acuerdo con los principios que rigen para los delitos de comisión*, estaría fuera de discusión que el autor debería responder por dicho resultado, en cambio la dirección doctrinal que ahora nos ocupa pasa por alto que, *de acuerdo con los principios que rigen para la omisión impropia*, no basta con que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que se exige, además, que en el autor concorra la condición de *garante*, por lo que habría que explicar –lo que hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, ni siquiera se ha intentado– por qué hay que equiparar a un garante, analógicamente, a quien, sin serlo, se limita a intervenir activamente en un curso salvador.

c) *Crítica a la solución de la omisión impropia*

Como hemos visto *supra 2 c)*, Silva mantiene que en estos casos el autor debe responder por el resultado porque, al romper el curso salvador, se convierte en garante por injerencia, por lo que, al omitir posteriormente la acción que habría evitado el resultado, a éste, siguiendo las reglas de la comisión por omisión, se le debe imputar igual que si lo hubiera causado mediante un movimiento corporal.

Pero esta tesis tampoco puede convencer. La injerencia se caracteriza por que un hacer precedente –por ejemplo, abrir una zanja– obliga al autor a actuar para evitar los daños que puedan derivar de esa acción previa peligrosa –en nuestro ejemplo: a señalizarla durante la noche–. Pero si el sujeto rompe el curso salvador porque dispara contra el bote neumático –hundiéndolo– que se aproximaba a quien se estaba ahogando, o porque destruye la ampolla que contiene la medicina que podría salvar la vida del enfermo, su ulterior *inactividad* –que es a la que Silva trata de vincular la imputación del resultado– no puede fundamentar una omisión impropia. Pues la

omisión –como especie del *comportamiento pasivo* en general– (188) se caracteriza por que el sujeto deja de realizar una *acción posible* que habría evitado el resultado. Y, naturalmente, si el bote se ha hundido ya, y si la medicina ha sido destruida, entonces *no existe tampoco oportunidad* de salvar, mediante una *acción posible*, el bien jurídico, y, por ello, *en el autor no concurre, conceptualmente, ninguna omisión* a la que poder vincular la responsabilidad por el resultado.

4. TOMA DE POSICIÓN

a) *Introducción*

Para solucionar todos los problemas planteados, lo mejor es partir de supuestos de hecho cuya *calificación final* esté, *intuitivamente*, fuera de discusión, aunque todavía no sepamos cómo fundamentar esa calificación. Si una persona, mediante engaño, violencia o intimidación, evita que una madre alimente a su hijo, falleciendo éste, si una persona, acudiendo a los mismos medios, impide que un médico practique la operación a un enfermo grave, que muere entonces sin que se le haya podido aplicar la terapia quirúrgica adecuada, es *obvio* que esas personas que han obstaculizado los cursos salvadores ajenos deben responder por los resultados producidos (muerte del bebé, fallecimiento del paciente).

b) *Una tercera forma de realización del tipo junto al delito de acción y a la comisión por omisión: la ruptura de cursos salvadores*

El desconcierto de la doctrina ante este grupo de casos se pone de manifiesto en que la teoría prácticamente unánime [*supra* 2 a) y b)] mantiene que aquí estamos ante un *delito de acción*, a pesar de que, como ya he expuesto anteriormente, esta interrupción de cursos salvadores ajenos presenta una *estructura distinta* de la del delito de acción, ya que en éste es el movimiento corporal el que ha causado físiconaturalmente el resultado (se mata a otro de un disparo en el cerebro), y ya que, por ello, existe también la *seguridad* de que es aquél el que ha provocado éste, mientras que en la ruptura de cursos salvadores ajenos la acción no causa físiconatural-

(188) V. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 186 ss.

mente el resultado (quien sujeta al cirujano no produce materialmente la muerte del paciente que ha fallecido a consecuencia de su enfermedad), sino que se limita a evitar una acción hipotética: la intervención potencial del cirujano, que, con una probabilidad más o menos rayana en la certeza, habría evitado el resultado, por lo que –igualmente a diferencia de lo que sucede en el delito de acción– tampoco existe la seguridad de que la muerte pueda reconducirse efectivamente al movimiento corporal de ruptura.

La tesis minoritaria de Silva [*supra* 2 c)] de que en estos supuestos estaríamos ante una omisión impropia, y de que, por consiguiente, también se podría imputar el resultado sobrevenido al que ejecuta la interrupción del curso salvador, elude las contradicciones de quienes mantienen que estos supuestos constituyen un delito de acción, pero al precio de considerar una comisión por omisión un grupo de casos que tiene una *estructura distinta* de la omisión impropia, pues mientras que en ésta el *garante* se limita a *no-ejecutar* una acción que podría haber evitado el resultado, los supuestos que ahora nos ocupan se caracterizan porque el autor es un no-garante que, además, *ejecuta dolosamente una acción* a la que se reconduce el resultado (189).

Y, sin embargo, y a pesar de su escasa fuerza de convicción, las soluciones que propugnan tanto la teoría dominante como Silva tienen una justificación. Porque si, de acuerdo con el aparato dogmático vigente, el tipo del homicidio («matar»), por ejemplo, sólo se puede realizar de *dos maneras*: bien mediante una acción causante del resultado, bien omitiendo la acción debida, entonces habrá que incluir en una (delito de acción) o en otra (delito de omisión impropia) categoría a la interrupción de cursos salvadores ajenos para poder justificar por qué en estos supuestos al sujeto *también* se le imputa el resultado.

Pero si la interrupción de cursos salvadores es una *acción* que no constituye un *delito de acción*, porque el sujeto no causa materialmente el resultado, ni tampoco uno de *omisión impropia*, porque el sujeto no se limita a no-hacer, sino que, por el contrario, *hace un algo al que es reconducible el resultado*, entonces ello quiere decir que existe una *tercera forma*, distinta de las dos anteriores, de *realizar el tipo*, a saber: la de interrumpir cursos causales salvadores ajenos, una tercera forma que, a pesar de su incomparablemente menor trascendencia práctica –porque la manera habitual de realizar

(189) Para una ulterior crítica de la tesis de SILVA cfr. *supra* 3 c).

un tipo de resultado es, bien mediante una acción causante del mismo, bien mediante una omisión impropia–, debe ser analizada diferenciadamente, para poder determinar cuándo, y por qué motivos, se puede decir de una interrupción de cursos salvadores que es subsumible en, por ejemplo, la descripción legal del homicidio.

c) *Otra vez: la ruptura de cursos salvadores propios*

Una vez establecido que en estos casos estamos ante una *tercera forma de realización del tipo*, distinta de la del delito de acción, y distinta, también, de la del delito de omisión impropia, lo primero que hay que decir es que, en contra de la distinción de la doctrina dominante, la línea divisoria en las interrupciones de cursos salvadores no discurre, desde un punto de vista material, entre aquellas que rompen uno propio y aquellas otras que lo hacen de uno ajeno, ya que tanto de una manera como de la otra se puede realizar un tipo de resultado.

En la ruptura de cursos salvadores propios, la indiferenciada –y equivocada– solución que reciben de la doctrina dominante procede de que aquélla ha planteado *parcialmente* los problemas, ya que *todos los supuestos que se manejan* para la discusión dogmática hacen referencia a casos en los que un *omitente propio* interrumpe un curso causal puesto en marcha por él mismo, y que estaba dirigido a satisfacer la obligación *estrictamente jurídicopenal* que le imponía, bien el artículo 195 (el no-garante retira el bote salvavidas que previamente había arrojado para salvar a quien se estaba ahogando), bien el artículo 450.2 CP (el no-garante, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 450.2, la reclama con éxito, impidiendo así que su contenido llegue al conocimiento de la policía), dividiéndose la doctrina –si prescindimos de la solución propuesta por Silva [*supra* II a 2 c) cc)], en el sentido de que estos casos integran una omisión impropia– entre aquellos que consideran que aquí estaríamos ante una omisión propia [*supra* II a 2 c) aa)], y aquellos otros que mantienen que la interrupción de cursos salvadores propios debe recibir el mismo tratamiento jurídicopenal que el de los ajenos, y que, por consiguiente, la calificación correcta sería la de considerarlos un delito de acción en el que se respondería por el resultado sobrevenido [*supra* II A 2 c) bb)].

Pero a la doctrina le ha pasado desapercibido –al menos por lo que alcanzo a ver– que la ruptura de cursos salvadores propios no

sólo es imaginable en supuestos en los que quien interrumpe ese curso es un no-garante, sino también en otros en los que quien lo hace ostenta la condición de garante; por ejemplo: la madre, que se da cuenta que su hijo pequeño se está ahogando en un apartado lago, después de arrojar un salvavidas atado a una cuerda, y cuando el niño previsiblemente podría haber salvado la vida, asíéndose a él, retira ese salvavidas, pereciendo aquél. Cuando el que lleva a cabo esta conducta interruptora es un no-garante, ya he expuesto *supra* II A 3 b) que no existe obstáculo alguno gramatical –ni material– para mantener que ese comportamiento constituye un no-auxilio, y que, por ello, puede subsumirse sin ulteriores dificultades en el tipo del artículo 195. Pero en el caso que ahora nos ocupa la conducta de la madre debe ser subsumida, no en una simple omisión del deber de socorro, sino en un delito contra la vida y, con ello, en el verbo típico «matar». Si se acepta la tesis que he mantenido en otras publicaciones (190) de que sólo estamos ante una omisión impropia «cuando el [garante] 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» (191), entonces es evidente que existe una *identidad estructural* entre la omisión de la madre que *no arroja* el salvavidas para salvar a su hijo pequeño que se está ahogando en el lago en el que accidentalmente se ha caído (un caso indubitado de *omisión impropia*, porque la garante no ha aplicado la medida de precaución que, dadas las circunstancias, habría mantenido el «foco de peligro niño» dentro del riesgo permitido), y la acción de la garante de interrumpir un curso salvador propio, porque, al arrojar el salvavidas, el «foco de peligro niño», que estaba a su cargo, se estaba manteniendo dentro de lo que, teniendo en cuenta las dramáticas circunstancias del supuesto, se podría considerar el riesgo permitido, riesgo que se ve desestabilizado, convirtiéndose en prohibido, y desembocando entonces en la lesión del bien jurídico vida, cuando la madre, al retirar el salvavidas, resuelve romper el curso salvador que ella misma había puesto en marcha.

(190) Por ejemplo, en los escritos citados *supra* n. 115.

(191) GIMBERNAT, *Modernas tendencias*, 2001, p. 366.

Con otras palabras: Como un garante puede desestabilizar de dos formas distintas un foco de peligro preexistente a su cuidado, convirtiéndolo así de permitido en prohibido, a saber: *no aplicando* la medida de cuidado exigida (omisión impropia), o bien *rompiendo activamente* un curso salvador propio que había establecido —o, en su caso, restablecido— el nivel de riesgo permitido, de ahí que si ese foco de peligro por encima del riesgo tolerado por el Derecho desemboca en la lesión de un bien jurídico (el niño se ahoga), de ese resultado deba responder penalmente, en ambos casos, el garante, ya que es a su inactividad (en la comisión por omisión) o a su actividad (en la ruptura de cursos salvadores propios) a las que hay que reconducir normativamente la transformación del foco de lícito en ilícito.

d) *La ruptura de cursos salvadores ajenos debe ser sometida también a soluciones diferenciadas*

Una vez que hemos distinguido, dentro de la ruptura de cursos salvadores *propios*, entre aquellos que constituyen una omisión propia, porque quien ejecuta la interrupción es un no-garante (el particular no-garante resuelve retirar el salvavidas que previamente había arrojado a quien se estaba ahogando), y aquellos otros que suponen la realización del tipo del homicidio o del asesinato («matar»), *mediante una tercera forma de realización típica* —justamente la de interrupción de un curso salvador—, porque dicha ruptura es llevada a cabo por un garante (es la madre-garante quien efectúa la misma conducta de retirada del salvavidas, que podría haber evitado la muerte del hijo pequeño por ahogamiento), es posible abordar ya la solución o soluciones que deben darse a la ruptura de cursos salvadores *ajenos*.

A diferencia de lo que sucede en la ruptura de cursos salvadores *propios*, en donde, como ya se ha expuesto, la doctrina *sólo* opera con ejemplos en los que es un no-garante quien rompe el proceso que el mismo había puesto en marcha, en la de cursos salvadores ajenos los casos objeto de discusión por la ciencia abarcan tanto supuestos en los que un no-garante rompe el curso salvador de otro no-garante (C se apodera de la llave de encendido del vehículo, cuando el camionero A [no-garante] se disponía a trasladar al hospital al infartado B; B impide por la fuerza a A [no-garante] que éste arroje el flotador que podría salvar a X de morir ahogado), como aquellos otros en los que el protagonista de la interrupción si-

que siendo un no-garante, pero en los que el curso casual que se interrumpe es el que ha iniciado o se dispone a iniciar un garante (A impide al enfermero B [garante] que administre al envenenado el antídoto que podría salvarle la vida; un particular actúa violentamente sobre un guardabarreras [garante], evitando así que éste pueda bajar las vallas). Para la doctrina dominante, sin embargo, esta distinción no tiene ninguna repercusión práctica –por ello, posiblemente, tampoco había sido establecida hasta ahora–, ya que tanto si el curso salvador que se interrumpe va a ser –o ha sido– ejecutado por un no-garante como por un garante, la solución que se propone es *unitaria*: quien rompe ese curso salvador comete, con ello, un delito de acción y responde, en consecuencia, por el resultado típico sobrevenido (192).

Independientemente de si en la ruptura de cursos salvadores ajenos el resultado debe ser imputado a quien rompe ese curso, lo que en cualquier caso debe ser rechazada es la fundamentación de que ello se deduce de que aquí estaríamos ante un delito de acción: como he expuesto *supra* 3 a) y b) y 4 b), hay que mantener, por el contrario, que aquí no concurre un delito de acción, sino, como mucho, una tercera y nueva forma de realizar el tipo, a saber: la forma de la interrupción de cursos causales, por lo que es preciso seguir profundizando en esta ulterior modalidad de realización típica para poder determinar cuándo y por qué se le puede imputar el resultado a dicha interrupción. A estos efectos, hay que distinguir tres variantes de interrupción de cursos casuales ajenos: ruptura por un no-garante del curso causal desencadenado por otro no-garante, ruptura por un no-garante del desencadenado por un garante, e interrupción por un garante de la cadena casual puesta en marcha por un no-garante.

aa) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante.

Cuando un no-garante rompe el curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar otro no-garante (C se apodera de la llave de encendido del vehículo, cuando el camionero no-garante A se disponía a trasladar al hospital al infartado B), en mi opinión la con-

(192) En lo que sigue, y por tratarse de una tesis minoritaria, prescindo de la formulada por SILVA de que aquí estaríamos ante una omisión impropia, y de la que ya me he ocupado, rechazándola, *supra* B 3 c).

ducta de aquél debe ser calificada de una omisión propia del artículo 195. Ello es así, porque el enfermo no constituía un foco de peligro preexistente ni al cuidado de quien iba a ayudarlo (del camionero) ni de quien interrumpe la acción salvadora de éste (del que se apodera de la llave de encendido), por lo que a ninguno de los dos les incumbía la responsabilidad de que un peligro generado por la naturaleza (el infarto) se mantuviera dentro del riesgo permitido, esto es: con asistencia médica. Por ello, en este caso la acción interruptora del curso causal no se puede subsumir en el verbo típico «matar», ya que *no equivale materialmente* ni a la de quien, mediante un movimiento corporal, causa físiconaturalmente una muerte, ni tampoco a la inactividad del omitente impropio que tiene que cuidar del mantenimiento de un foco de peligro dentro de los límites del riesgo permitido, esto es, y por ejemplo: a la del médico que, con dolo de matar, desatiende al enfermo que ha sido confiado a su cuidado: la ruptura del curso casual ajeno por parte de C ha de ser considerada, por consiguiente, un no-auxilio del enfermo, que cumple el tipo de la omisión de socorro, ya que, tal como se ha expuesto *supra* A 3 a), *excepcionalmente* es posible subsumir *directamente* determinados comportamientos activos (como lo es éste de *interrumpir positivamente* la cadena causal salvadora que iba a iniciar un no-garante) en el artículo 195, sin que ello suponga vulnerar el sentido gramatical posible de las palabras legales.

bb) Ruptura por un no-garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante.

Cuando un no-garante rompe el curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un garante (A impide al enfermero B [garante] que administre al envenenado —quien, finalmente, muere a consecuencia de la ingestión del producto tóxico— el antídoto que podría haberle salvado la vida; un particular actúa violentamente sobre un guardabarreras [garante], evitando así que éste pueda bajar las vallas, sobreviniendo una colisión entre el tren y un automóvil que cruzaba el paso a nivel, y falleciendo el conductor del vehículo), la conducta del primero, en la tercera modalidad de realización de un tipo de resultado por interrupción de un curso salvador, ha de ser subsumida dentro del verbo legal «matar». Ciertamente que el no-garante no ha causado físiconaturalmente el resultado «muerte», y que, tampoco, y por definición, e independientemente de que no ha omitido nada, sino que *ha actuado* rompiendo un curso salvador,

tenía obligación extrapenal alguna de mantener el correspondiente foco de peligro dentro del riesgo permitido. Pero al impedir la actuación del garante (del enfermero o del guardabarreras), que sí que tenía esa obligación, y que la iba a cumplir —o que la estaba cumpliendo ya—, ha desempeñado un papel en el acontecimiento delictivo que debe ser subsumido en la conducta típica de «matar», ya que quien es responsable de que, quien tenía obligación de hacerlo, no pueda actuar (porque se le engaña, o se le amenaza, o se le somete por la fuerza), asume, con ello, el deber del correspondiente garante de mantener el foco de peligro dentro del riesgo permitido, en cuanto que la circunstancia por la que aquél no ha podido cumplir con dicha obligación es reconducible, única y exclusivamente, a quien ha interrumpido el curso salvador ajeno.

cc) Ruptura por un garante del curso causal salvador que ha iniciado o que va a iniciar un no-garante.

Estos supuestos no han sido examinados nunca, en particular, por la doctrina, lo que, naturalmente, no puede sorprender, porque si, de acuerdo con la teoría dominante, la interrupción de cursos salvadores ajenos fundamenta *siempre* la responsabilidad por el resultado sobrevenido, entonces es indiferente que quien rompa ese curso ostente o no la condición de garante.

En cambio, según la tesis que aquí se defiende, en la interrupción de cursos causales ajenos hay que examinar diferenciadamente cada una de las variantes que se pueden presentar, y como hasta ahora he llegado a la conclusión de que, en los supuestos en los que un no-garante interrumpe el curso salvador de otro no-garante, aquél debe responder por una omisión propia, y de que, en aquellos otros en que es un no-garante el que rompe el curso causal de un garante, el primero debe responder por el resultado sobrevenido, la tercera variante que queda por examinar es aquella en la que es un garante el que impide la acción salvadora de un no-garante.

Como ejemplo de este último grupo de casos puede servir el del padre no-nadador (garante) que impide por la fuerza que un particular no-garante se lance a la piscina para salvar de perecer ahogado al niño hijo de aquél. Que, si el hijo se ahoga, el padre debe responder por un delito contra la vida, es fácil de fundamentar. Porque si el padre, como garante, debe cuidar de que el foco de peligro niño no experimente una desestabilización hacia el riesgo prohibido que desemboque en la lesión del bien jurídico a su cargo, es evi-

dente que el incumplimiento de esa obligación puede manifestarse de dos maneras: bien omitiendo lanzarse al agua de la piscina para salvar a su hijo, si es que el padre sabe nadar, bien impidiendo que otro lo haga en el caso de que se trate de un padre no nadador.

Por lo demás, si el garante que impide un curso salvador iniciado o que se va a iniciar por un no-garante responde por el resultado sobrevenido, con mayor motivo incurrirá en *la misma responsabilidad* si dicho curso se iba a ejecutar o se estaba ejecutando ya por otra persona que ostentaba, asimismo, la condición de garante, supuesto de hecho este último del que puede servir de ejemplo el del padre (garante) que, mediante engaño, coacción o aplicación de violencia, impide que su hijo siga siendo tratado de una grave enfermedad por el médico (garante también) que le estaba atendiendo.

C. *La omissio libera in causa*

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

En el tercer grupo de casos (*omissio libera in causa*) se agrupan aquellos supuestos en los que, *también mediante una acción*, el sujeto se coloca, dolosa o imprudentemente, en una situación de ausencia de imputabilidad o de comportamiento (193) para el momento en el que surja la obligación de actuar; por ejemplo, el guardabarreras ingiere alcohol o un narcótico, de manera que cuando tiene que bajar las vallas se halla en un estado de inconsciencia.

La primera formulación de estos casos se debe también a v. Overbeck, quien expone, como ejemplo de ellos, el ya citado del guardabarreras que ingiere un barbitúrico para encontrarse dormido en el momento posterior de que pase el tren (194); como en la omisión la *posibilidad* de ejecutar la acción debida es un elemento conceptual de aquélla (195), dentro de la *omissio libera in causa* hay que incluir también los supuestos en los que, en virtud de un hacer anterior, el sujeto genera una situación en la que, a pesar de estar consciente, *cuando surge el deber de actuar*, la ejecución de la

(193) Sobre la ausencia de comportamiento cfr. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 187 ss.

(194) Cfr. GS 1922, p. 336.

(195) Cfr. GIMBERNAT, 1987 (1990), pp. 191 ss.

acción debida aparece como *irrealizable*, por ejemplo: la madre destruye previamente la medicina que podría salvar la vida de su hijo, por lo que, cuando a éste se le declara el ataque, no tiene posibilidad alguna de administrarla, falleciendo aquél (196).

En la *omissio libera in causa* los problemas, ya de por sí difíciles, que presenta la construcción de la *actio libera in causa* se agudizan aún más: si el camionero sigue conduciendo, a pesar de que se siente invadido por el sueño, y atropella y mata a un peatón porque se duerme sobre el volante (ejemplo de *actio libera in causa*), reconducir la muerte de aquél, no al instante final en que, inconsciente (es decir: con ausencia de comportamiento), le arrolla, sino a la *acción* de continuar el trayecto, a pesar de los síntomas de cansancio que percibe, es una solución perfectamente compatible con el principio de tipicidad: porque aquella acción previa ha sido imprudente, y porque es la que ha causado, indirectamente, el resultado típico: estamos, pues, ante un homicidio imprudente por *acción*.

En la *omissio libera in causa*, en cambio, que la conducta sea típica es más difícil de fundamentar, ya que la omisión, que es la conducta *tipificada*, o bien *no concurre* (ni en los casos de inconsciencia ni en los de imposibilidad de ejecución de la acción omitida), o bien es *inculpable* (y sería, por consiguiente, impune); y ya que tratar de reconducir la punibilidad a la acción anterior (a la de ingerir el narcótico o a la de destruir la medicina salvadora), donde sí que existe conducta, y donde sí que existe, asimismo, dolo o imprudencia, se encuentra con el obstáculo de que ello supondría subsumir en un tipo omisivo un comportamiento activo. La doctrina prácticamente unánime, a pesar de todas esas dificultades, mantiene que el garante, que, dolosa o imprudentemente, condiciona activamente su ausencia de comportamiento o su inculpabilidad para el momento en que surge el deber de actuar, responde por el resultado típico sobrevenido, dividiéndose las opiniones únicamente en si esa responsabilidad se debe vincular al hacer anterior o a la inactividad final.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA *OMISSIO LIBERA IN CAUSA* NO AFECTA A LA OMISIÓN PROPIA

En la omisión propia los supuestos de *omissio libera in causa* apenas –y con la excepción de algún rebuscado ejemplo de labora-

(196) El ejemplo lo tomo de BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 28.

torio (197)— son imaginables (198), al contrario de lo que sucede en la omisión impropia donde el garante (guardabarreras, madre que tiene que administrar la medicina salvadora al hijo enfermo, socorrista) sabe, o debería saber, que tiene que estar *preparado* para actuar en el momento en el que surja la amenaza para el bien jurídico cuya protección tiene confiada. En la omisión propia, en cambio, el deber de actuar es imprevisible *ex ante*, y nace *simultáneamente* con la situación de peligro: yo, como bañista que estoy en la playa, tengo todo el derecho del mundo a dormir una siesta sobre la arena, y si, durante mi sueño, algún nadador, a quien podría haber salvado de estar despierto, sufre un desmayo, no comería ninguna omisión del deber de socorro: porque —al estar inconsciente— mi inactividad no constituye una conducta y, con ello, tampoco una omisión, y porque no tengo —como no-garante— deber alguno de estar preparado para eventuales contingencias que puedan producirse en el mar.

Una situación parecida a la de la *omissio libera in causa* sería, en la omisión *propia*, la de quien, al percibir que alguien se está ahogando, hunde el bote (acción previa) con el que podría haberle rescatado, con lo que, a partir de ese momento, la ejecución de la acción exigida se convertiría en imposible. Pero para explicar por qué en un caso así el sujeto responde por una omisión del deber de socorro no hace falta acudir a la construcción de la *omissio libera in causa*, ya que aquella omisión propia *se consuma* —y por ella responde el sujeto— cuando, *pudiendo* acudir con el barco a auxiliar a quien corre peligro, *en lugar de realizar esa acción posible*, decide destruir ese medio de salvación.

De lo expuesto se sigue, por consiguiente, que la *omissio libera in causa* sólo presenta problemas en la omisión impropia. Cómo ha tratado de resolverlos la doctrina —si vinculando la responsabilidad del garante por el resultado a la acción previa o a una (real o fingida) omisión— es lo que pasamos a examinar a continuación (199).

(197) Como al que me referiré *infra* 4 del amigo del guardaguasas, a quien suele acompañar en la caseta, que induce su propia inconsciencia, sabiendo que el guardaguasas-garante va a hacer lo mismo.

(198) De otra opinión, sin embargo, BERTEL, JZ 1965, p. 55; ROXIN, 1969, p. 383; JAKOBS, AT, 1991, 7/69.

(199) Minoritariamente, VOGEL, 1993, p. 124, estima que, aunque el garante provoque intencionadamente su propia incapacidad de acción, sólo responderá del resultado típico a título de imprudencia, pero nunca de dolo, y SEELMANN, NK, 2001, § 13 n. m. 60, que, a pesar de que la solución no es satisfactoria, los supuestos de *omissio libera in causa* son impunes, pues existe una laguna legal que exigiría, para ser cubierta, la intervención del legislador.

3. SOLUCIONES PARA, EN EL CASO DE LA *OMISSIO LIBERA IN CAUSA*, IMPUTAR EL RESULTADO AL GARANTE

a) *Opiniones que, en la omissio libera in causa, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a la acción anterior*

Según esta dirección doctrinal, la responsabilidad del sujeto-garante por el resultado producido se fundamenta en que, *mediante una acción previa*, condiciona que la inactividad posterior, o bien no constituya un comportamiento, o bien sea inculpable. De acuerdo con los autores que defienden esta solución, como el garante está obligado a velar por la integridad del bien jurídico que tiene encomendado, de esa obligación *derivaría, como norma secundaria*, el deber de estar *preparado* para actuar cuando se presente la situación crítica, deber que infringiría en el momento en que, con su acción, hace imposible la ulterior evitación del resultado típico. Partiendo de estos presupuestos estaríamos aquí ante un caso inequívoco de «omisión por comisión», ya que la conducta del garante sería subsumible en una omisión impropia no sobre la base de un comportamiento pasivo —si el guardabarreras está dormido en el momento en que el tren cruza la carretera no existe comportamiento alguno—, sino del comportamiento *activo* de haberse narcotizado.

Con discrepancias de matiz esta opinión —en la *omissio libera in causa* al garante se le imputaría el resultado por la *acción anterior*— es la que defienden, entre otros: Bertel (200) («Pero si el ordenamiento jurídico manda a alguien una determinada acción, entonces tiene que prohibirle, al mismo tiempo, todas aquellas acciones mediante las cuales el obligado a actuar se imposibilita a sí mismo [la ejecución] de la acción mandada ... Esta prohibición se deriva sin dificultades del mandato, ya que es imprescindible para la existencia eficaz del mandato ... No existe una prohibición que vedara, en general, sustraerse a cualquier mandato. Lo que sucede es, más bien, que cada mandato individual genera, por sí mismo, una prohibición así. Quien infringe esa prohibición no comete un delito de omisión, sino uno de comisión, del que hay

(200) JZ 1965, p. 55, después de plantear las dificultades del problema en los siguientes términos: «No es comprensible en dónde podría residir un omitir del guardabarreras. Mientras tiene capacidad de acción no omite nada a lo que estuviera obligado, y en el momento en que se convierte en incapaz de actuar ya no puede seguir hablándose de omitir» (p. 53).

que admitir que está cotipificado en el delito de omisión»); Roxin (201) («Si imaginamos al bebedor ... como el guardagujas famoso ... que quiere provocar un choque haciendo imposible, con su embriaguez, cambiar las vías en el momento oportuno, entonces estamos ante un hacer subsumible en el tipo de un delito impropio de omisión. Si se admitiera un delito de comisión, entonces habría que someter a la misma pena a un no-garante que, en una situación idéntica, se emborrachara: un resultado evidentemente inaceptable. Se ha hablado aquí de una *omissio libera in causa*; pero con ello no se acierta en el punto decisivo, porque el autor —que primero actúa activamente, y que después se convierte en incapaz de actuar— no omite nada en absoluto, y, sin embargo, debe ser castigado sobre la base del tipo omisivo. Maurach opina que aquí se finge un omitir del guardagujas; pero puede concederse tranquilamente que lo que concurre es un hacer inequívoco, que, sin embargo, está co-penado por el tipo de mandato»); Engisch (202); Samson (203) («Su comportamiento [el del guardagujas que hace imposible su acción exigida posterior] puede ser calificado como un actuar, pero no es un actuar que cause la muerte de los usuarios del ferrocarril. Como ha expuesto acertadamente Welp, su comportamiento es sólo una manipulación del último momento de actuación. Si se quiere, puede hablarse aquí, con Roxin, de “omisión por hacer”. Sin embargo, hay que tener presente que no se trata de un hacer causante del resultado típico, por lo que, ya por ese motivo, queda excluido que pueda admitirse un delito de comisión»); Bockelmann/Volk (204) («Al autor se le hace responsable, no por omitir bajar las barreras, sino por el hacer en virtud del cual se ha privado de la capacidad de acción en el momento crítico, con la consecuencia de la producción de una desgracia. Que le está prohibido aquel hacer se sigue del deber de servicio que le incumbe de preservar su aptitud para el servicio»); Jakobs (205); Joshi (206); y Bustos/Hormazábal (207).

(201) 1969, pp. 383/384.

(202) 1973, p. 167.

(203) 1974, p. 598.

(204) AT, 1987, pp. 134/135.

(205) Cfr. AT, 1991, 7/69.

(206) V. 1992, p. 205.

(207) Cfr. II, 1999, p. 208.

b) *Opiniones que, en la omisión libera in causa, vinculan la responsabilidad del garante por el resultado a un (real o fingido) comportamiento omisivo*

Para los autores que se adhieren a esta dirección los supuestos de *omissio libera in causa* fundamentan la responsabilidad del garante en un comportamiento que, al menos normativamente, debe ser considerado como uno omisivo. Ésta es la solución que proponen, entre otros: Armin Kaufmann (208) («Esto rige también cuando quien permanece inactivo ejecuta una acción con la que se hace a sí mismo imposible el cumplimiento del mandato. Porque esto no modifica en nada el carácter omisivo del comportamiento jurídicamente relevante ... Quien se hace a sí mismo imposible la acción exigida ha finalizado ya “toda” la omisión justamente en el momento en que produce esa imposibilidad»); Welp (209) («Lo primero que es cuestionado aquí [en el ejemplo del guardabarreras que, mediante una acción previa, se imposibilita para, posteriormente, poder bajar las vallas] es si en tales casos lo “esencial” consiste en un hacer o en un omitir. Es indiscutible que el emborracharse es una acción positiva, es decir, aplicación activa de energía en una determinada dirección; pero esta acción sólo produce la borrachera del autor, pero no el resultado típico ... En consecuencia, la valoración jurídicopenal sigue las máximas vigentes para el omitir»); Hruschka (210); Silva (211) [«Pues bien, aplicando estas consideraciones al caso que, en sus dos variantes, nos ocupa, resulta que, desde el momento en que el guardabarreras comienza a embriagarse o percibe la influencia de agentes externos sobre su conciencia, se da una situación de peligro. Tal peligro radica en que el aludido guardabarreras no esté en condiciones

(208) 1959, p. 211.

(209) 1968, p. 137.

(210) 1979, p. 422: «La solución [sc. de Hruschka] ... se hace posible porque del mandato de acción ... se deriva un imperativo hipotético ..., como omisión, de mantener la capacidad de acción. La no observancia imputable de este imperativo hipotético es entonces equivalente a la lesión de una obligación que conduce a la imputación, como omisión, y a pesar de la incapacidad de acción, de la no ejecución de la acción exigida»; pp. 423/424: «... imputación *extraordinaria* de la omisión del salvamento que descansa en la admisión de una lesión imputable de la obligación de mantener la capacidad de acción. Mediante esta lesión de la obligación ... se coloca, en lugar de la omisión en sentido estricto, la inactividad como un subrogado de la omisión en el supuesto de una incapacidad de acción provocada imputablemente» (cursiva en el texto original).

(211) 1986, pp. 268-269. V. también el mismo, 1994, pp. 41-42, 44.

de controlar el paso a nivel en los momentos precisos y se produzcan lesiones de bienes jurídicos. A la vez, como conducta indicada, única que puede evitar que la situación de peligro dé lugar a lesiones, aparece, en principio, por un lado, la de no continuar bebiendo (es decir, cualquier conducta distinta a la de continuar bebiendo) y, por el otro, la de sustraerse al influjo de los factores determinantes de la inconsciencia. En definitiva, el continuar bebiendo o el quedarse en la caseta constituyen “no realización de la conducta indicada para la protección positiva de bienes jurídicos”. Por tanto, dan lugar a verdaderas omisiones de garante (de garante, pues el guardabarreras lo es) a las que cabe imputar el resultado lesivo de bienes jurídicos, caso de que éste se produzca»; Baumann/Mitsch (212) («La supresión activa de la posibilidad de acción es también omitir típico cuando el autor estaba obligado, ya en el momento del comportamiento previo, a asegurar la observancia del mandato. Pues quien anula la posibilidad de acción, omite al mismo tiempo, posteriormente, las medidas compensatorias que son necesarias, a la vista de la falta posterior de la posibilidad de acción, para, no obstante, poder cumplir a tiempo el deber de actuación»); Otto (213); Kühn (214) [«Mayoritariamente también se admite omitir en los casos de *omissio libera in causa*, a pesar de que el autor aquí, mediante hacer positivo (por ejemplo, consumo de alcohol), se incapacita para cumplir su deber de acción (por ejemplo, bajar las barreras) que posteriormente se haría actual. A favor de esta clasificación habla que el autor aquí, y en última instancia, permanece inactivo, si bien es él mismo quien, en la etapa anterior, ha colocado el motivo determinante para ello mediante comportamiento activo. Contra la admisión de un omitir se objeta que, en el momento del nacimiento del deber concreto de actuar, falta la posibilidad de acción. Contra ello se puede oponer que el mandato de evitación del resultado que compete al guardabarreras también tiene como contenido “mantener la capacidad de acción hasta el momento de la intervención, o, en su caso, volver a restablecerla”»]; Stratenwerth (215) («A pesar de que aquí [en la *omissio libera in causa*] se habla de un “omitir por comisión” se trata, en el fondo, de un mero delito de omisión»); y Schönke/Schröder/Stree (216).

(212) AT, 1995, § 15 n. m. 29.

(213) Cfr. AT, 1996, § 9 n. m. 11.

(214) AT, 2000, § 18 n. m. 22.

(215) AT, 2000, § 13 n. m. 4.

(216) Cfr. StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss. n. m. 14.

4. CRÍTICA

Las construcciones dogmáticas para fundamentar la responsabilidad por el resultado típico del garante que, activamente, condiciona su incapacidad de actuar para el momento en que estaría obligado a hacerlo, no son satisfactorias.

Que aquí no estamos ante un delito de acción, caracterizado por que el movimiento corporal causa la lesión del bien jurídico (el autor *estrangula* a la víctima hasta que ésta, por la falta de oxígeno, fallece), parece evidente, ya que, como reconoce la doctrina (217), lo único que causa el hacer previo (la ingestión del narcótico) es que el garante-guardagujas pierda la conciencia, pero no, naturalmente, las muertes ni las lesiones de empleados de ferrocarril y de viajeros, ni los amasijos de las locomotoras y de los vagones que quedan sobre las vías después del choque fatal. Y, además, y como también se pone continuamente de relieve: que la ingestión del narcótico no causa los resultados típicos deriva, además, de que, como reconoce la doctrina absolutamente dominante (218), sólo el garante-guardagujas, si provoca su propia incapacidad de acción, debe responder por los resultados del choque, pero no el amigo no-garante que le suele acompañar en la caseta cuando pasan los trenes, y que, el día del accidente, ha decidido también inducir su inconsciencia, y que, si no se hubiera encontrado en ese estado de letargo, igualmente habría tenido la capacidad de cambiar las agujas, de donde se sigue que si el garante, mediante su acción previa de ingestión, causara realmente los resultados típicos, también —ya que el comportamiento es el mismo— lo causaría el no-garante, a quien, en consecuencia, deberían imputársele, asimismo, aquellos resultados típicos, algo que —porque es elemental que no puede ser así— a ningún autor se le ha ocurrido proponer hasta ahora.

Pero que acudir a la omisión, para fundamentar la imputación de los resultados típicos, tal como hace la doctrina dominante —ante las dificultades que presenta vincular la responsabilidad a una acción previa no causante de aquellos resultados—, tampoco resuelve los problemas, es algo que se ha puesto de manifiesto reiterada-

(217) Cfr. sólo las citas de SAMSON y WELP *supra* 3 a) y b), y, además, RUDOLPHI, SK, 2001, antes del § 13 n. m. 46.

(218) Cfr. sólo, y por todos, la cita de ROXIN *supra* 3 a), y, además, SILVA, 1986, p. 262.

mente a lo largo de nuestra exposición: porque que no puede haber conceptualmente omisión si no existe posibilidad de ejecutar la acción exigida, es una de las pocas cosas seguras e indubitadas que ha sabido, desde siempre, la dogmática juridicopenal.

5. TOMA DE POSICIÓN

Las dos tesis que se defienden, en la *omissio libera in causa*, para poder imputar el resultado al garante, son completamente artificiosas.

Si se afirma que el fundamento de esa imputación reside en la acción del guardabarreras de narcotizarse, y que ésta cumple, a su vez, el tipo de una *omisión impropia* («omisión por comisión»), lo que se está manteniendo es, en definitiva, que una acción de provocar la autoinconsciencia constituye una *omisión* de bajar las vallas, a pesar de que es evidente que aquélla *no tiene nada que ver* con ésta. Pero la segunda tesis: la que encuentra el fundamento de la imputación del resultado en una omisión, tampoco puede convencer, porque sólo se puede establecer renunciado al núcleo del concepto de omisión, ya que ésta únicamente puede concurrir si, cuando surge el deber de ejecutar la acción debida, al autor le era posible llevarla a cabo, y si uno está dormido, es obvio que no tiene posibilidad alguna de ejecutar dicha acción.

Anteriormente hemos expuesto que los tipos de resultado también pueden realizarse —con un comportamiento distinto del delito de acción y del de omisión propia— mediante una acción que aborta una cadena causal posible. Y si un garante tiene la obligación de mantener dentro del riesgo permitido un foco de peligro a su cargo, entonces puede incumplir de dos maneras esa obligación que le incumbe: bien omitiendo la acción de bajar las vallas cuando va a pasar el tren, que arrolla a un automóvil, matando a su conductor, bien provocando activamente un estado de autoinconsciencia que le haga imposible ejecutar esa acción en el momento oportuno. En el primer caso, la transformación del foco de peligro que provoca el resultado de lícito en ilícito será reconducible normativamente a una omisión, y en el segundo, a la acción —tampoco causante del resultado— de ingerir un narcótico, siendo subsumibles ambos comportamientos *directamente* en el verbo típico «matar».

Resumiendo: En la *omissio libera in causa* de un garante no estamos ni ante un delito de acción, ni ante uno de omisión impropia,

sino ante una tercera forma de realización típica: ante la ejecución de una acción que interrumpe una cadena causal salvadora posible.

D. Desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA. LAS DISTINTAS SOLUCIONES

a) En los años 60 del siglo pasado, y a consecuencia de los progresos de la medicina, y de la capacidad de las unidades de vigilancia intensiva de poder mantener con vida a enfermos desahuciados, que hasta entonces, y sin la ayuda de esos modernos medios de reanimación, no habrían podido sobrevivir, la doctrina penal se plantea hasta qué punto es lícito desconectar los instrumentos médicos que están manteniendo con vida a un paciente (tubos, sondas, catéteres, respiradores) para impedir la prolongación inútil de una agonía, de quien, sin embargo, todavía no ha fallecido, ya que presenta aún actividad cerebral.

De acuerdo con los conceptos penales tradicionales, esa desconexión aplicada a un enfermo aún con vida constituiría un indubitado delito de *acción* en relación de causalidad con la muerte, y, por consiguiente, y con ese movimiento corporal, el médico se haría responsable de un asesinato por comisión. Esta posición la defiende todavía en 1968, *aprobablemente*, Bockelmann, polemizando con las tesis acabadas de establecer, en ese mismo año, por Geilen, y de las que nos vamos a ocupar inmediatamente.

Bockelmann escribe lo siguiente (219): «¿Qué es una intervención activa homicida? Lo es no sólo la inyección de veneno, lo es no sólo la puñalada o la incisión. La retirada de un vendaje o deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia, con toda seguridad que también lo son. Pero con ello queda claro que la desconexión de un reanimador, en un momento en el que aún no es seguro si se ha producido la pérdida irreversible de la función cerebral, es igualmente una acción activa de muerte, y no sólo la omisión de ulteriores medidas dirigidas a la prolongación de la vida». Y concluye Bockelmann (220): «Porque, prescindiendo de la diferencia entre hacer y omitir, el deber del médico de mantener

(219) 1968, p. 112.

(220) 1968, p. 114.

la vida tampoco desaparece frente a la vida no merecedora de ser vivida. No sólo porque el concepto de vida no merecedora de ser vivida es moral y políticojurídicamente sospechoso, sino porque, en cualquier caso, es demasiado indeterminado como para que pudiera apoyarse en él una argumentación jurídica convincente».

Con esa argumentación Bockelmann intenta rebatir una tesis que acababa de ser formulada, por primera vez, por Geilen (221): «Si, por ejemplo, se pone de manifiesto que el cerebro está irreversiblemente dañado y que, en consecuencia, no existe ya posibilidad de recuperar al paciente para cualquier función vital espontánea o para que vuelva a la consciencia, entonces la terminación de los intentos de reanimación –incluso para un concepto de muerte que no se identifique con la muerte cerebral– constituye una forma permitida de eutanasia pasiva». Y continúa Geilen (222): «Sería prestar demasiada atención a lo que figura en un primer plano, convertir el movimiento corporal aislado [la desconexión] en el centro de sustentación del enjuiciamiento jurídicopenal. De la misma manera que el médico sólo “omite” cuando interrumpe una medida de reanimación empezada con movimientos de masaje, o cuando prescinde de repetir la administración de inyecciones mantenedoras de la vida, también es sólo “omitir” cuando interrumpe, en un plano técnico superior, el trabajo de una máquina. Para el médico el aparato no es otra cosa que su “mano alargada” ... En última instancia, lo que debe ser decisivo es si se le deja a la naturaleza que siga su curso. Si es éste el caso, entonces se trata –sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes que figuran más o menos en un primer plano– de un comportamiento omisivo, con la consecuencia constructiva de que se puede recurrir a la falta del deber de actuar para regular la punibilidad» (223).

(221) FamRZ 1968, p. 126.

(222) *Op. cit.*, p. 126, n. 35.

(223) Pocos meses más tarde GEILEN, JZ 1968, p. 151, vuelve a insistir en sus tesis: «Por lo que se refiere al último punto, entonces, y a pesar de la actividad fenotípica (desconexión del aparato de reanimación), el “sentido social” del comportamiento sería el de un omitir. El supuesto de hecho no debe ser enjuiciado de manera distinta que la ruptura de un tratamiento manual ya iniciado. De la misma manera que el médico sólo “omite” cuando interrumpe una respiración artificial iniciada mediante movimientos de masaje, o cuando renuncia a repetir la administración de inyecciones reanimadoras, así también constituye sólo un “omitir” cuando, en un plano técnico superior, interrumpe el trabajo de una máquina. Para el médico el aparato no es otra cosa, jurídicamente, que su “mano alargada”».

b) La tesis de Geilen de considerar la desconexión de aparatos reanimadores una omisión ha tenido un gran éxito en la bibliografía posterior, y puede considerarse la dominante.

A ella se han adherido, entre otros: Roxin (224) («Porque las cosas son de tal manera que, cuando se pone de manifiesto la absoluta falta de perspectivas de ulteriores esfuerzos de reanimación, al médico que conoce esa situación le estaría permitido “dejar” de practicar, desde un principio, la prolongación inútil y artificial de la vida. Pero en ese caso la desconexión de la máquina pulmón-corazón se presenta como el abandono de un intento no exigido de evitación del resultado o como desistimiento de una acción de prolongación de la vida que, por lo desesperado de la situación, no viene ya exigida. De acuerdo con los criterios anteriormente adquiridos, éste es un caso inequívoco de omitir impune mediante hacer ...»); Schünemann (225); Engisch (226); Schmidhäuser (227) («Si un facultativo, que ostenta la responsabilidad determinante para el cuidado médico de este paciente, desconecta la máquina [pulmón-corazón], entonces la cuestión sólo puede ser la de si ya no aporta más la contribución que, con la ayuda de la técnica, tenía que aportar al paciente; por consiguiente, sólo entra en consideración un delito de omisión. Este enjuiciamiento se corresponde con el caso de un médico que tiene que ejecutar intentos manuales de reanimación, y que interrumpe esa actividad, y, con ello, la salvación; en este caso sólo entra en consideración un delito de omisión»); Silva (228); Jakobs (229); Jescheck (230) («En cambio, es altamente dudoso cómo hay que decidir la cuestión cuando el salvador mismo interrumpe, mediante un hacer positivo, un aparato de salvación que el mismo ha introducido, cuando, por ejemplo, el médico que está tratando al enfermo desconecta la máquina pulmón-corazón que el mismo ha puesto en funcionamiento, porque quiere dejar morir al paciente. Según el criterio de la causalidad existiría hacer positivo, ya que depende de que el médico oprime el botón. En cambio, si uno se orienta al sentido de la acción, entonces lo determinante se-

(224) 1969, p. 398.

(225) *Vid.* 1971, pp. 283/284, n. 21.

(226) *Vid.* 1973, pp. 177 ss.

(227) AT, 1975, 16/107. V. también el mismo, Studienbuch AT, 1982, 12/54.

(228) Cfr. 1986, pp. 254 ss.; 1994, pp. 37 ss.

(229) *Vid.* AT, 1991, 7/64.

(230) LK, 1993 ss., antes del § 13 n. m. 90.

ría el no-seguir-actuando, con lo que habría que admitir un omitir»); Köhler (231); Wessels/Beulke (232) («Un médico que, por la falta de perspectivas, interrumpe un masaje manual de corazón o una respiración boca a boca, únicamente “omite” el ulterior esfuerzo –que se aprecia como carente de sentido– en la lucha por la vida del paciente. Cuando medios y aparatos técnicos sustituyen a la actividad manual, entonces nada cambia en el sentido y en el contenido de significado del acontecimiento. Bajo tales circunstancias, y de acuerdo con el sentido social de la acción, sólo existe un “omitir” del ulterior intento de salvación y reanimación ... Por mucho que el acto individual de la “desconexión” también exija aquí un “hacer” y una “aplicación de energía”, para el enjuiciamiento normal del acontecimiento lo que sigue siendo determinante es que el centro de gravedad del comportamiento jurídicopenalmente relevante reside en el omitir de posteriores esfuerzos de salvación, cuya falta de sentido resulta del estado del paciente»); Kühl (233) («En cambio, desde una consideración valorativa, lo decisivo es la circunstancia de que el oprimir el botón ha llevado a la omisión de posteriores esfuerzos de salvación. Esta clasificación del comportamiento del médico como omisión de la evitación del resultado se apoya en la comparación con la terminación de un masaje manual del corazón, pues en este caso quien presta el auxilio sólo ha cesado de seguir ayudando»); y Schönke/Schröder/Stree (234).

c) Frente a estos autores, otros opinan que la desconexión de instrumentos que mantienen artificialmente con vida a un paciente constituye una acción en relación de causalidad con la muerte: ésta es la posición que defienden, además del ya citado Bockelmann, y entre otros: Samson (235) («El médico que desconecta el aparato que está funcionando independientemente causa la muerte concreta del paciente ... Que el médico cometa con ello, al mismo tiempo, un homicidio, sería sólo una consecuencia inevitable si se mantuviera que existe una prohibición ilimitada de causación activa de la muerte bajo cualquier circunstancia»); Sax (236); Bockelmann/Volk (237); Baumann/Mitsch (238) («El médico que, y por la “fal-

(231) Cfr. AT, 1997, p. 215.

(232) AT, 2000, n. m. 703.

(233) AT, 2000, pp. 646-647.

(234) Cfr. StGB, 2001, § 13 n. m. 160.

(235) 1974, p. 601.

(236) Cfr. JZ 1975, *passim* (p. 141)

(237) Cfr. AT, 1987, pp. 148/149.

ta de sentido” de un ulterior tratamiento, y apretando el botón, desconecta el reanimador, comete un homicidio por hacer activo, si el paciente, si no fuera porque se había apretado el botón, hubiera vivido por lo menos un segundo más»); Jescheck/Weigend (239); Tomás-Valiente (240); y Rudolphi (241).

2. TOMA DE POSICIÓN

La desconexión de un reanimador supone un *movimiento corporal en relación de causalidad fisiconatural con el resultado típico de muerte*, y constituye, por consiguiente, un delito de *acción*. Ese comportamiento no contiene ninguno de los elementos que definen a la omisión: porque ni el médico permanece inactivo, sino que «aplica energía en dirección a la lesión del bien jurídico vida» (al desconectar), y porque entre la conducta y el resultado no existe la relación hipotética característica de la omisión, sino la absolutamente real, fisiconatural, de que, a consecuencia de aquella desconexión, han cesado las funciones artificiales cardiorrespiratorias que la máquina suministraba sustitutivamente, falleciendo, por esa razón, el paciente. Con otras palabras: La acción ejecutada ha causado fisiconaturalmente, y con toda seguridad, la desconexión de la máquina, y esa desconexión de la máquina, que no iba a mantener con vida, sino que estaba manteniendo *efectivamente* con vida al paciente, es la que ha causado a su vez, fisiconaturalmente y con toda seguridad, la muerte del enfermo.

Lo decisivo aquí es, como escribe Sax (242), que «en el caso de la desconexión del reanimador la causalidad salvadora *está desplegando ya su eficacia*». Y cuando la existencia de una determinada situación hay que reconducirla a un factor que está desplegando su eficacia, entonces, si se retira ese factor, existe una causalidad fisiconatural entre dicha retirada y la modificación en el mundo exterior que sobreviene porque, al faltar la energía, queda alterado el *statu quo*.

(238) AT, 1995, § 15 n. m. 33.

(239) V. AT, 1996, p. 604.

(240) Cfr. 1999, p. 489.

(241) Cfr. SK, 2001, § 13 n. m. 47. JUANATEY, 1994, p. 323, estima, eclécticamente, que «la conducta del sujeto que desconecta un aparato de reanimación puede ser descrita indistintamente como una acción positiva o como una omisión».

(242) JZ 1975, p. 141, cursivas en el texto original.

Si la energía que mantiene a flote en el mar, a quien no sabe nadar, es el salvavidas al que está agarrado, la retirada de éste por un tercero será la que, con toda seguridad, habrá producido físicamente la muerte por ahogamiento de la víctima; y si el alpinista no se ha despeñado todavía, porque está asido a una cuerda, quien la corte cometerá un delito de acción en segura relación de causalidad con la caída al vacío y con la consiguiente muerte del desafortunado, de la misma manera que, como con toda razón expone Bockelmann (243), existe una intervención activa (y no omisiva) homicida en «la retirada de un vendaje o [en el] deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia».

Pero ya que estamos hablando de «desconexiones», elijamos un ejemplo que también tiene que ver con los «enchufes». Si realmente fuera una omisión la desconexión de la máquina pulmón-corazón —cómo se puede calificar de inactividad el *movimiento corporal* de desconectar, excede ya de la capacidad humana de comprensión—, entonces, si yo desenchufo mi ordenador, el que éste se apague, y aplicando consecuentemente los mismos principios, también tendría que ser reconducible a una inactividad, lo que supondría una descripción de ese acontecimiento que no tendría nada que ver con lo que ha sucedido en la realidad: porque, naturalmente, el ordenador se ha apagado porque, *mediante una acción*, yo he desconectado el enchufe-macho del enchufe-hembra, con lo cual he producido en el mundo exterior la retirada de la energía eléctrica, que era la que mantenía al aparato en funcionamiento.

El extraño éxito de la tesis de que la desconexión de reanimadores ha de ser considerada una omisión sólo puede encontrar una explicación, como ya se ha indicado, en que en los años 60, que es cuando se formula por primera vez, con los avances médicos en las unidades de vigilancia intensiva adquiere una importancia práctica hasta entonces desconocida el problema de la eutanasia, y de hasta qué punto es exigible mantener con vida, con los modernos aparatos médicos, a enfermos que, sin estar clínicamente muertos, se encuentran desahuciados o han perdido irreversiblemente la consciencia sin posibilidad alguna de recuperar sus funciones vitales por el daño irreparable que han sufrido alguno o algunos de sus órganos.

Por supuesto que es perfectamente legítimo mantener que en estos casos eutanásicos de *desconexión activa* de un respirador el médico debe estar exento de responsabilidad criminal. Pero esa

(243) 1968, p. 112.

exención no puede fundamentarse en la artificiosa y abiertamente falsa construcción de que aquí estaríamos ante una omisión, sino en que, partiendo de que aquí concurre una *acción* —como realmente concurre—, y tal como proponen, por ejemplo, Samson (244), Sax (245), Otto (246), Baumann/Mitsch (247) y Rudolphi (248), en esos supuestos extremos el médico no está obligado a mantener la vida del paciente a toda costa.

Por lo demás, y que la eutanasia *pasiva* —dentro de cuyo concepto hay que incluir, tanto desde el punto de vista médico (249) como jurídicopenal (250), la *no aplicación* de medidas artificiales de prolongación de la vida, independientemente de si esa no-prolongación tiene su origen en la omisión de practicar técnicas de reanimación o en la acción de suspender *activamente* una asistencia médica ya iniciada en una unidad de vigilancia intensiva— es un comportamiento impune, tanto de acuerdo con el Derecho aplicable hasta el CP 1995, como después de la entrada en vigor de éste, es algo que he tratado de demostrar en otras publicaciones (251).

(244) 1974, pp. 602-603: «... de lo que se trata, en realidad, es de la cuestión de cuándo el postulado de una protección formalizada e ilimitada de la vida se convierte en inhumanidad».

(245) JZ 1975, p. 148: «... a la vista de las posibilidades modernas de mantener mecánica-artificialmente una vida que ya no funciona ni puede volver a funcionar independientemente, la pregunta que precisamente se impone es la de si también viene exigido jurídicamente todo lo que en este aspecto es médicamente “factible”».

(246) NJW 1980, p. 424 n. 66: «Tampoco se necesita la interpretación de la desconexión de un reanimador, para acelerar la muerte de un desahuciado, como omisión ... para fundamentar la impunidad del médico que actúa. Lo decisivo aquí es la cuestión de si el médico está obligado a prolongar, bajo cualquier circunstancia, la vida del paciente. Si ello no es así, entonces es indiferente, para fundamentar la impunidad, que se contemple su comportamiento como un hacer o un omitir». V. también el mismo, AT, 1996, § 9 nn. mm. 4 y 5.

(247) Cfr. AT, 1995, § 15 n. m. 33.

(248) V. SK, 2001, antes del § 13 n. m. 47.

(249) Cfr., por todos, Hipólito DURÁN, 1986, p. 121: «Eutanasia pasiva o negatva. Es el acto de suprimir, durante la asistencia a un enfermo, los medios técnicos que podrían prolongar innecesariamente la vida».

(250) V., por todos, GIMBERNAT, 1988 (1990), p. 52: «Eutanasia pasiva, cuando el médico resuelve no prolongar la situación del paciente y suspende la asistencia, bien *omitiendo* tratar la pulmonía que se le presenta al canceroso desahuciado, bien *retirando* el respirador del politraumatizado que nunca más podría recuperar la conciencia» (cursivas añadidas)

(251) Cfr. GIMBERNAT, (1988), 1990, pp. 52 ss.; el mismo, 1996, II 2.

Pero este problema no necesita ser tratado aquí, ya que no afecta a la *tipicidad* de la acción o de la omisión, sino sólo a la eventual *justificación* de comportamientos activos en sí típicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AK *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, §§ 1-21, Neuwied, 1990, dentro de la colección *Alternativ-Kommentare* (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva) (252).
- ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Leipzig, 1934 (reimpresión de 1978).
- ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Múnich y Berlín, 1963.
- ANTÓN, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, Madrid, 1949 (hay reimpresión de 1986).

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

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

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

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

- BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 9.^a ed., Bielefeld, 1985.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Bielefeld, 1995. (De esta obra, fundada por BAUMANN, se cita BAUMANN/WEBER o BAUMANN/MITSCH, según quién haya sido el autor que ha elaborado el correspondiente capítulo original.)
- BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa, Buenos Aires, 1970.)
- BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, Parte General, 2.^a ed., Madrid, 1990; 4.^a ed., Madrid, 1997.
- BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 4, Berlín, 1968.
- BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden, 1979.
- BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Barcelona, 1996.
- BERTEL, «Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? Zur Lehre von der actio libera in causa», *JZ* 1965, pp. 53-55.
- BEULKE/BACHMANN, Die «Lederspray-Entscheidung» – *BGHSt* 37, 106, *JuS* 1992, pp. 737-744.
- BLEI, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 18 ed., München, 1983.
- BOCKELMANN, *Betrug verübt durch Schweigen*, Eb. Schmidt-FS, 1961, pp. 437-458.
- BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968.
- BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., München, 1987.
- BUSTOS, *Derecho penal latinoamericano comparado*, tomo I, Parte General, Buenos Aires, 1981.
- BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, volumen II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Barcelona, 1999.
- CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, II, *Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Madrid, 1998; III, *Teoría jurídica del delito* 2, Madrid, 2001.
- COBO/VIVES, *Derecho penal*, Parte General, 4.^a ed., adecuada al Código penal de 1995 por VALLDECABRES, Valencia, 1996.
- Comentarios Ariel*, CÓRDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I (arts. 1-22), Ediciones Ariel, Barcelona, 1972. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- Comentarios Trivium, Código Penal, Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Editorial Trivium, tomo I, Madrid, 1997. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)

- COUSIÑO, *Derecho penal chileno*, tomo I, Santiago de Chile, 1975.
- DÍAZ PALOS, *La causalidad material en el delito*, Barcelona, 1953.
- DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Bonn, 1950.
- DURÁN, Hipólito, *La eutanasia, Dilemas éticos de la medicina actual*, GAFO (ed.), Madrid, 1986, pp. 117-139.
- ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tubinga, 1931.
- ENGISCH, Recensión de: «Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte», *JZ* 1962, pp. 189-192.
- ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, Gallas-FS, 1973, pp. 163-196.
- ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen, Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, año 1950, Heidelberg, 1950.
- ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellung*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 71, Berlín, 1991.
- FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18 ed., Tubinga, 1931.
- FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Colonia-Berlín-Bonn-Münich, 1992.
- GEILEN, «Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts. Zu den Wandlungen des Todesbegriffs und zu neuen Schutzproblemen des werdenden Lebens», *FamRZ* 1968, pp. 121-130.
- GEILEN, «Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme. Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht», *JZ* 1968, pp. 145-152.
- GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, tomo 114, Leipzig, 1938.
- GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 [hay reimpresión de 1990, que es la edición de la que se cita].
- GIMBERNAT, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento (1987)», *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 182-208.
- GIMBERNAT, «Eutanasia y Derecho penal (1988)», *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 51-54.
- GIMBERNAT, «Causalidad, omisión e imprudencia (1994)», *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 189-256.
- GIMBERNAT, Prólogo a la 2.ª ed. (1996) del Código Penal de la Editorial Tecnos, preparada por GIMBERNAT, con la colaboración de MESTRE, y recogida en las sucesivas ediciones.
- GIMBERNAT, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición (1997)», *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 257-374.
- GIMBERNAT, «El delito de omisión impropia», *RDPC* 4 (1999), pp. 525-553. [Versión española del artículo «Das unechte Unterlassungsdelikt», *ZStW* 111 (1999), pp. 307-334.]

- GIMBERNAT, «¿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?», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 355-370. [Versión española del artículo aparecido en el volumen colectivo *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften*, Berlín, 2001, pp. 151-165.]
- GIMBERNAT, «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», *Roxin-FS*, Berlín-Nueva York, 2001, pp. 651-663.
- GÖHLER, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen», *Dreher-Festschrift*, 1997, pp. 611-621.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1984.
- GRACIA, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 411-482.
- GRÜNWARD, «Das unechte Unterlassungsdelikt –Seine Abweichungen vom Handlungsdelikt–», tesis doctoral de Gotinga, 1956.
- GRÜNWARD, «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStW* 70 (1958), pp. 412-432.
- GÜNGTGE, *Begehen durch Unterlassen. Der gesetzlich Anwendungsbereich des § 13 StGB*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Nueva Serie, tomo 5, Baden-Baden, 1995.
- HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
- HARDWIG, «Vorsatz bei Unterlassungsdelikten», *ZStW* 74 (1962), pp. 27-47.
- HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken*, 1995.
- HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Strafrechtliche Abhandlungen, tomo 270, Breslau, 1930.
- HERZBERG, «Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt», *MDR* 1971, pp. 881-883.
- HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín, 1972.
- HILGENDORF, «Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”», *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 78, Berlín, 1993.
- HILGENDORF, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils», *NStZ* 1994, pp. 561-566.
- V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, tomo II: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlín, 1930.
- HRUSCHKA, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, pp. 421-436.

- HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948.
- HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987.
- JAKOBS, «Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre», *Lehrbuch*, 2.^a ed., Berlín-Nueva York, 1991. (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, con el título «Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación», Madrid, 1995).
- JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Múnich, 1992. (Hay traducción española de CANCIO en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 101-125.)
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín, 1996. (La 3.^a ed. alemana de esta obra, con adiciones de Derecho español y con el título *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 2 volúmenes, Barcelona 1981, ha sido traducida al castellano, con adiciones de Derecho español, por MIR y MUÑOZ CONDE; la 4.^a ed. por MANZANARES, Granada, 1993.)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, *El delito*, 3.^a ed., Buenos Aires, 1965.
- JOSHI, *La doctrina de la "actio libera in causa"*, en *Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto)*, Barcelona, 1992.
- JUANATEY, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994.
- Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, 1959.
- Armin KAUFMANN, «Unterlassung und Vorsatz», *Weber-FS*, 1963, pp. 207-232.
- Arthur KAUFMANN, «Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», *Eb. Schmidt-FS*, Gotinga, 1961, pp. 200-231.
- Arthur KAUFMANN/HASSEMER, «Der überfallene Spaziergänger», *JuS* 1964, pp. 151-157.
- KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburger Rechtsstudien, tomo 60, Hamburgo, 1968.
- KINDHÄUSER, «Kausalanalyse und Handlungszurechnung», *GA* 1982, pp. 477-498.
- KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, Strafrechtliche Abhandlungen, tomo 317, Breslau-Neukirch, 1933.
- KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1997.
- KRÜMPPELMANN, «Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten», *GA* 1984, pp. 491-510.

- KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., München, 2000.
- KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 7, Heidelberg, 1989.
- KUHLEN, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte. Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990», *NSiZ* 1990, pp. 566-570.
- LANGER, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 9, Berlín, 1972.
- LARENZ, «Ursächlichkeit der Unterlassung. Zugleich Besprechung des BGH-Urteils v. 25.9.1952», *NJW* 1953, pp. 686-687.
- v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, tomo 1, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26 ed., Berlín y Leipzig, 1932.
- LK *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11 ed., editada por JÄHNKE, LAUFHÜTTE Y ODERSKY, Berlín-Nueva York, 1993 ss. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- DE LA MATA, *La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el medio ambiente. Delitos contra la Administración pública* (editado por Adela ASÚA), Bilbao, 1997, pp. 391-406.
- Hellmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- Hellmuth MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, Materialien, Bonn, 1954, pp. 259-277.
- Hellmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kohlhammer Studienbücher*, Stuttgart-Berlín-Colonia-Magunzia, 1967.
- M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, Heidelberg, 1915 = 2.ª ed., 1923.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 4.ª ed., Karlsruhe 1971. (La 2.ª ed. alemana de esta obra, con notas de Derecho español y con el título *Tratado de Derecho penal*, 2 tomos, Barcelona, 1962, ha sido traducida al castellano por CÓRDOBA.)
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2: *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch*, 7.ª ed., Heidelberg, 1989. (Hay traducción española de BOFILL, Buenos Aires, 1995.)
- MEIER, «Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der "Lederspray"-Entscheidung des BGH», *NJW* 1992, pp. 3193-3199.
- MEYER/ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.ª ed., Leipzig, 1907.
- MEYER-BAHLBURG, *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte. Um echte und unechte Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral de Hamburgo, 1962.
- MEYER-BAHLBURG, «Unterlassen durch Begehen», *GA* 1968, pp. 49-53.

- MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Múnich y Leipzig 1933 = 3.^a ed., 1949. (La obra ha sido traducida al castellano por RODRÍGUEZ MUÑOZ, con notas de Derecho español, con el título *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1955; tomo II, 3.^a ed. [adicionada y puesta al día por QUINTANO], Madrid, 1957.)
- MIR, *Adiciones*, V. JESCHECK/WEIGEND.
- MIR, *Derecho penal*, Parte General, 3.^a ed., 1990, 5.^a ed., corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Parte General, 4.^a ed., Valencia, 2000. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- NAGLER, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», *GS* 111 (1938), pp. 1-121.
- NICKEL, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 Abs. 2 GG). Eine straf- verfassungsrechtliche Studie*, Münchener Universitätschriften, Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Berlín, 1972.
- NK *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, situación: 10.^a entrega, Baden-Baden, septiembre de 2001. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- NOVOA, *Curso de Derecho penal chileno*, Parte General, tomo I, Santiago de Chile, 1960.
- NOVOA, «Los delitos de omisión», *DP* 1983, pp. 19-50.
- NOVOA, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal*, Parte General, *Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Madrid, 1986.
- OTTO, «Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten», *NJW* 1980, pp. 417-424.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.^a ed., Berlín-Nueva York, 1996.
- OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?*, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 99, Bonn, 1973.
- v. OVERBECK, «Unterlassung durch Begehung», *GS* 1922, pp. 318-337.
- PFLIEDERER, *Die Garantstellung aus vorangegangenem Tun*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, tomo 2, Berlín, 1968.
- PUPPE, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW* 92 (1980), pp. 863-911.
- PUPPE, «Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips», *ZStW* 95 (1983), pp. 287-315.
- PUPPE, «Comentario a una sentencia del BGH de 6.7.1990», *JR* 1992, pp. 27-34.

- RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlín, 1904. (Reimpresión de 1967 en Darmstadt.)
- RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996.
- RIGHI/FERNÁNDEZ, *Derecho penal. La ley. El delito, el proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996.
- RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Heidelberg-Nueva York, 1969.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *Derecho penal español*, Parte General, 17 ed., Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1977.
- RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Europäische Hochschulschriften, Serie II, Rechtswissenschaft, volumen 1654, Francfort del Meno-Berlín-Berna-Nueva York-París-Viena, 1995.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva politicocriminal*, LH del Rosal, Madrid, 1993, pp. 925-938.
- ROMEO CASABONA, «Límites de los delitos de comisión por omisión. 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*, editado por GIMBERNAT/SCHÜNE-MANN/WOLTER, Madrid, 1994, pp. 33-49.
- DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español* (Parte General), vol. I, 2.ª ed. revisada por COBO, Madrid, 1976; vol. II, Madrid, 1972.
- ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), pp. 411-444. (Hay traducción española de LUZÓN PEÑA en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.)
- ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, *Engisch-FS*, 1969, pp. 380-405. (Hay traducción española de Luzón Peña en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.)
- ROXIN, «Recensión de: Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat», 1971, *ZStW* 84 (1972), pp. 993-1014.
- ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.ª ed., Múnich, 1997. (Hay traducción española de la 2.ª ed., por LUZÓN, DE VICENTE y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Madrid, 1997.)
- ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín-Nueva York, 2000 (hay traducción española de Cuello Contreras de la 6.ª ed.: «Autoría y dominio del hecho en Derecho penal», Madrid, 1998).

- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, tomo 58, Gotinga, 1966.
- SAMSON, «Begehung und Unterlassung», *Welzel-FS*, 1974, pp. 579-603.
- SAMSON, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *StV* 1991, pp. 182-186.
- SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, tomo II, *Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad)*, 2.^a ed., Barcelona, 1985.
- SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los delitos de omisión. Delitos de simple omisión, delitos de comisión por omisión, delitos de omisión espiritual*, Madrid, 1918.
- SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, tomo I, *Introducción. Parte General: La ley penal. El delito, la pena y otras medidas*, 5.^a ed., Madrid, 1950.
- SAUER, «Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung», *Frank-FG I*, Tubinga, 1930, pp. 202-229.
- SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.^a ed., Berlín, 1955.
- SAX, «Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung. Überlegungen zum “Unterlassen durch Tun”, zum “Schutzzweck der Norm” und zur “scheinbaren Rechtsgutsverletzung”», *JZ* 1975, pp. 137-151.
- SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *Honig-FS*, Gotinga, 1970, pp. 169-184.
- SCHALL, «Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben», en SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht*, tomo III, *Unternehmenskriminalität*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1996, pp. 99-128.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.^a ed., Tubinga, 1975.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Tubinga, 1982.
- Eb. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, tomo 116, Leipzig, 1939.
- SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung «unechter» Unterlassungsdelikte*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1974.
- SCHÖNE, «Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit», *JZ* 1977, pp. 150-159.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26 ed., Múnich, 2001. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 435-444, 511-584, 647-656, 715-724, 787-798.

- SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1979.
- SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, *wistra* 1982, pp. 41-50. [Hay traducción española de BRÜCKNER y LASCURAIN, publicada en *ADPCP* 1988, pp. 529-558.]
- SCHÜRMAN, *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 59, Berlín, 1986.
- SCHWARZ, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, tomo 254, Breslau, 1929.
- SILVA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- SILVA, «“Comisión” y “omisión”. Criterios de distinción, La comisión por omisión», *CDJ XXIII*, Madrid, 1994, pp. 11-54.
- SK *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., Neuwied-Kriftel-Berlín, situación: abril 2001 (entrega 36). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 121, Berlín, 1999.
- SPENDEL, «Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikten», *JZ* 1973, pp. 138-144.
- STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 3.^a ed., 1981; 4.^a ed., Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 2000.
- STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, *Hellmuth Mayer-Festschrift*, Berlín, 1966, pp. 145-164.
- TOMÁS-VALIENTE, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999.
- TORIO, «Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión», *ADPCP* 1984, pp. 693-707.
- TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Strafrecht- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Marburgo, 1904.
- TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, *Enneccerus-Festgaben*, Marburgo, 1913, pp. 5-126.
- V. ROHLAND, «Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen», *VDA I*, Berlín, 1908, pp. 349-377.
- V. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Bonn, 1948.
- VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, *Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, tomo 83, Berlín, 1993.
- VOGT, «Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», *ZStW* 63 (1951), pp. 381-411.
- WACHSMUT/SCHREIBER, «Sicherheit und Wahrscheinlichkeit –juristische und ärztliche Aspekte», *NJW* 1982, pp. 2094-2098.

- WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, *Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge, tomo 98, Berlín, 1996.
- WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, *Schriften zum Strafrecht*, tomo 9, Berlín, 1968.
- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11 ed., Berlín, 1969. (La Parte General de esta obra ha sido traducida al castellano por BUSTOS y YÁÑEZ, con el título *Derecho penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, 1970.)
- WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 30 ed., Heidelberg, 2000.
- WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, *Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Neue Folge, 16. Abhandlung, Heidelberg, 1965.
- ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, tomo III, Buenos Aires, 1981.

Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura (*)

RAFAEL REBOLLO VARGAS

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Cuestiones previas.—2. La distinción entre delito especial propio e impropio. El delito de tortura.—3. Reflexiones sobre la autoría y sus formas. 3.1 Sobre el concepto de autor. 3.2 Acerca de la autoría mediata. 3.2.1 El instrumento que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato. 3.2.2 El instrumento que actúa en situación de pleno dominio del hecho. 3.2.3 El instrumento que actúa en una situación de dominio compartido del hecho con el hombre de atrás: ¿autoría mediata, inducción, coautoría o cooperación necesaria?—4. La problemática en los delitos especiales. La autoría mediata y la inducción en el delito de tortura. 4.1 La autoría mediata del *intraneus*. 4.2 La autoría mediata del *extraneus*. 4.3 La inducción en los delitos especiales impropios.

1. Cuestiones previas

Las cuestiones relacionadas con la autoría y la participación en los delitos especiales, ya sean propios o impropios, son efectiva-

(*) Trabajo financiado a cargo del Proyecto DGICYT PB 96-1207, concedido al Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona y realizado durante mi estancia en el *Istituto Giuridico A, Cicu de la Università di Bologna*, en otoño del año 2000. Quisiera, por ello, agradecer (una vez más) al Prof. L. Stortoni su amistad y su estímulo intelectual.

mente de lo más diverso, problemático y amplio (1). El propósito de este trabajo es concreto y, por lo tanto, mucho más modesto, ya que tiene por objeto poner de manifiesto algunas de las controversias más destacables en el contexto de los delitos especiales en general y, en particular, en el delito de tortura (2), para adoptar una posición en aquellos aspectos más complejos como son los de autoría mediata y los de la inducción.

Es más que probable, tal y como señala Muñoz Conde (3), que la tortura no sea un problema de leyes, sino de sensibilidad de algunas de las personas encargadas de aplicar la ley y, por qué no, de un legislador que con una técnica y con unas opciones político-criminales más que discutibles, crea situaciones carentes de las más elementales garantías que son las que favorecen y posibilitan ese tipo de hechos. De todos modos, si bien es cierto que la situación en nuestro país con respecto a la tortura dista mucho de ser la que era hace no demasiados años (4), también es verdad que se producen hechos que, tal y como anualmente recoge el informe presentado por el Defensor del Pueblo a las Cortes, se continúan repitiendo. Pero con independencia de esos supuestos puntuales donde en la mayoría —o la totalidad de los casos— los autores o partícipes actúan desde una vertiente o desde un plano puramente individual, existen otras situaciones dogmáticamente complicadas y difíciles de encajar en las categorías de la autoría y participación, como son la práctica de estos delitos mediante estructuras de poder organizadas. Pensemos, sin ir más lejos, en la responsabilidad penal de los miembros de las Juntas Militares Argenti-

(1) *Vid.*, al respecto, sólo por citar algunas aportaciones —y sin propósito de exhaustividad—, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar por otro en Derecho penal*, Zaragoza, 1985, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Madrid, 1996; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal*, Barcelona, 1974.

(2) Al respecto, *vid.* el reciente trabajo de RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000.

(3) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.^a edición, Valencia, 1999. En el mismo sentido, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G., en *Curso de Derecho Penal Español*, T. I, Madrid, 1996, pp. 268 ss.

(4) *Vid.*, al respecto, MAQUEDA ABREU, M. L., «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: El caso Rueda», *La Ley*, 1988, T. II, pp. 769 ss.

nas (5) o, incluso, en el presunto título de imputación atribuible al General Pinochet por unos hechos que motivaron su proceso de extradición y que todavía hoy distan de ser juzgados por la justicia chilena (6).

2. La distinción entre delito especial propio e impropio. El delito de tortura

La calificación de un tipo penal como propio o impropio tiene unas consecuencias que a primera vista pueden pasar inadvertidas, pero que a la hora de examinar las consecuencias dogmáticas derivadas de la autoría y de la participación a la luz de una u otra opción reviste unas consecuencias, como más adelante veremos, que no son en absoluto desdeñables.

Existe prácticamente un acuerdo unánime en la doctrina al señalar que los delitos especiales impropios son aquellos que tienen correspondencia con uno común, es decir, se trata de delitos en los que la calidad personal del sujeto (su condición de funcionario público, por ejemplo) no es determinante puesto que el comportamiento tiene correspondencia con un delito común. Por el contrario, los delitos especiales propios están dotados de una especial característica cual es una determinada condición del sujeto activo, es decir, si éste no reúne los requisitos exigidos en el tipo el hecho deviene atípico por la falta de correspondencia del comportamiento con un delito común (7).

(5) BAIGÚN, D., «La sustracción de menores en Argentina». Conferencia pronunciada en la Universidad de Macerata (Italia), en mayo del 2000. Texto original facilitado por el Prof. Gaetano Insolera, y de próxima publicación en la *Revista Crítica del Derecho*.

(6) Al respecto, *vid.* GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Valencia, 2000.

(7) *Vid.*, ampliamente, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, pp. 31-45. Cfr. COBO DEL ROSAL, M.- VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª edición, Valencia, 1996, pp. 327-328. Igualmente, en el mismo sentido y crítico con el criterio aquí mantenido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1989, p. 163, donde sostiene una hipótesis distinta con respecto a la caracterización de los delitos especiales como propios o impropios haciendo hincapié, para calificar a un delito como especial propio, en la capacidad del sujeto activo para lesionar el bien jurídico protegido. *Vid.*, asimismo, Díez RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», RDPCr, 1998, pp. 50 ss., y, en particular, sus

¿Cuál es la calificación atribuible al delito de tortura? La doctrina, prácticamente de forma unánime, lo considera un delito especial impropio por su correspondencia con un delito común (8). Ahora bien, se trata de una afirmación que es preciso matizar.

Como es sabido, el delito de tortura se tipifica en el artículo 174 del Código penal, agrupándose bajo la rúbrica del tomo VII, libro II, «De la tortura y otros delitos contra la integridad moral». El sujeto activo del mismo es la autoridad o funcionario público, que con el fin de obtener una confesión o información de una persona o bien para castigarla por cualquier hecho... la sometiere a procedimientos que «*de cualquier otro modo atentaren contra su integridad moral*». Se trata de un delito donde lo esencial de su regulación, además del abuso de poder que significa por parte del Estado y/o de sus servidores, es la amplitud con la que ha sido descrito el comportamiento típico y que implica que cualquier atentado a la integridad moral, insisto cualquier, puede ser calificado como delito de tortura cuando el autor del mismo es un funcionario público o autoridad (9).

Igualmente, en el delito del artículo 173 se regula un tipo común de trato degradante en el que el sujeto activo puede ser cualquiera y cuyo comportamiento consiste en infligir a otra persona un trato degradante «*menoscabando gravemente su integridad moral*». Resulta entonces que, mientras que en el delito de tortura se castiga cualquier atentado a la integridad moral que tenga origen en un funcionario público o autoridad, sea o no grave, en el delito común de trato degradante los comportamientos abarcados en el tipo serían exclusivamente aquellos que consistieran en un menoscabo grave a la integridad moral. La consecuencia de tal regulación no deja de ser paradójica y, así, atentados contra la integridad moral cometidos por un particular que no fueran considerados de carácter grave, resultarían atípicos a tenor de la regulación del artículo 173

reflexiones acerca de lo que él califica como «los elementos típicos idóneos o de acción restringida».

(8) RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, op. cit., p. 305. En especial, nota a pie de página núm. 97 y la bibliografía allí citada. De otra opinión, vid. GONZÁLEZ CUSAC, J. L., «Delitos de torturas y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996, p. 80.

(9) TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios al Código penal* (QUINTERO OLIVARES, G., director), Pamplona, 1996, p. 864.

(o al menos no se ajustarían a tal descripción típica, sin perjuicio de que tuvieran encaje en otros tipos previstos en el propio Código), mientras que si esos mismos hechos los realizara un funcionario público serían constitutivos en todo caso de un delito de tortura (10). Aunque, probablemente, y de acuerdo con Muñoz Sánchez (11), la distinción o la mayor gravedad punitiva del delito de tortura con respecto al delito de trato degradante no reside en la intensidad del sufrimiento infligido, sino en la cualidad de servidor público del sujeto activo, además de la finalidad perseguida por éste en el momento de practicar la tortura.

De lo anterior resulta que la correspondencia entre el delito de tortura cometido por funcionario público y el tipo común en el que se tipifican los atentados graves a la integridad moral, es sólo parcial y estará en función de la gravedad del atentado a la integridad moral. Se trata entonces, utilizando la terminología de Rodríguez Mesa (12), de un delito parcialmente propio o impropio en atención a la intensidad o a la gravedad en la que ha sido realizado el comportamiento típico. Cuestión que, como decía al inicio, reviste una especial importancia en cuestiones como, por ejemplo, dimitir el título de imputación derivado de la participación delictiva.

Una vez puesto de manifiesto que el sujeto activo del delito de tortura es un funcionario público o autoridad, tal y como por otro lado dispone la descripción típica del artículo 174, lo que cabe preguntarse es si «todos» los sujetos que reúnan las características exigidas en el artículo 24 del Código penal, son susceptibles de ser autores de un delito de tortura. En este caso, no puede pasar desapercibido que el tipo hace referencia a funcionarios públicos que actúan abusando del cargo, añadiendo a continuación la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, esto es, que la finalidad de la tortura sea la de obtener una confesión o una información o, bien, la de castigar al sujeto pasivo por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que hubiera realizado. Lógicamente, parece que el círculo de sujetos del artículo 24, es decir, los que disponen de la condición de autoridad o de funcionario público, se circunscribe a

(10) TAMARIT SUMALLA, J. M., *ibidem*. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, p. 58.

(11) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 58-59.

(12) RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, *op. cit.*, p. 306. Igualmente, *vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, *op. cit.*, pp. 94-95.

aquellos que en el ámbito de sus funciones tengan encomendadas determinadas tareas cuyo ejercicio pueda suponer un abuso de la función pública y, además, se realicen con el propósito de obtener una información, una confesión o bien de castigar al sujeto pasivo.

En consecuencia, los sujetos activos de tal delito serán exclusivamente los funcionarios públicos o autoridades que tengan atribuidas funciones de investigación judicial, policial o bien de custodia de detenidos (13). Sin olvidar, obviamente, que el apartado segundo del mismo artículo 174 hace mención a autoridades o funcionarios públicos de instituciones penitenciarias, o de centros de corrección o de protección de menores, lo cual permite atribuir a tales funcionarios la calidad de sujetos activos potenciales del delito de tortura.

3. Reflexiones sobre la autoría y sus formas

3.1 SOBRE EL CONCEPTO DE AUTOR

Una de las mayores aportaciones –y probablemente de los aciertos– del legislador al nuevo Código penal ha sido, al menos a mi juicio, la nueva regulación de la autoría y de la participación (14). Es la primera vez que el legislador español establece quiénes son los autores y cuál es la forma de llevar a cabo tales conductas. Así se dispone en el primer párrafo del artículo 28 del Código penal que *son autores* quienes realizan el hecho por sí mismo (autor inmediato), quienes lo realizan conjuntamente (coautores), o bien utilizando a otro del que se sirve como instrumento (autoría

(13) Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, op. cit., p. 60, en especial nota a pie de página número 144, donde además de poner de manifiesto que en el Código penal anterior la descripción típica del antiguo artículo 204 bis hacía referencia a la práctica de tortura en el caso de un procedimiento judicial penal o en la investigación de un delito, trae a colación distintas interpretaciones doctrinales mucho más amplias que las por él (y las aquí) defendidas hasta el punto de que a mi juicio llegan a desnaturalizar la auténtica *ratio legis* del precepto, y que referidas al ámbito material de los sujetos activos del delito llegan a incluir como presuntos sujetos activos del delito a los funcionarios de la Agencia Tributaria. En ese sentido, vid., igualmente, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Los delitos contra la integridad moral», *La Ley*, 1998. T. IV, p. 1439.

(14) Vid., sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, E., en el epígrafe I.6 de su «Prólogo a la segunda edición» del *Código penal*, editado por Tecnos, Madrid, 1996.

mediata), con lo cual –y a diferencia del texto anterior– la coautoría y la autoría mediata son consideradas expresamente formas de autoría. Igualmente, en el segundo párrafo del mismo artículo 28, se establece quiénes *serán considerados autores*, es el caso de los inductores y de los cooperadores. De ello podemos extraer una doble conclusión, en primer lugar que el Código establece el concepto de autor (no quién es el autor), declarando cuáles son los responsables «directos, principales e independientes del hecho punible» y, en segundo lugar, el propio Código declara quiénes son los responsables «indirectos, accesorios y dependientes» de la infracción penal, es decir cuáles son los partícipes en la realización de la infracción penal y a los que por esa razón considera autores (15).

Una de las consecuencias de lo anterior, como muy bien pone de manifiesto Pérez Alonso, es que si los autores son quienes realizan el hecho punible con ello se descarta una concepción de la autoría que no tenga como punto de partida la realización del tipo penal. Es más, añade, esa construcción supone una barrera infranqueable entre la autoría y la participación, por lo que la tipicidad penal se convierte en un sólido límite entre ambas y, por lo tanto, se adopta con ello un concepto restrictivo de autor que supone «una *plasmación expresa del principio de legalidad penal en materia de autoría*» (16).

Traigo lo anterior a colación porque si bien es cierto que tal y como se configura la nueva regulación de la autoría y de la participación en el Código penal español son defendibles distintos conceptos de autor, lo que me parece descartable –incluso con el texto anterior– es una concepción de autor desde un punto de vista unitario, tal y como se recoge en el artículo 110 del Código penal italiano. Criterio que, como es sabido, no distingue entre autores y partícipes, sino que considera que es autor todo aquel que interviene en un hecho (17)/(18).

(15) PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, p. 379.

(16) PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad...*, op. cit., p. 383. Igualmente, en el mismo sentido, vid. BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000, p. 50; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996, p. 60

(17) Vid., entre otros, DONINI, M., «La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui», RIDPP, 1984; INSOLERA, G., voz «Concorso di persone nel reato», en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, (Nota 18 en pág. siguiente.)

El objeto de estas páginas no me permite detenerme en todas y cada una de las teorías relativas al concepto de autor (19), sin embargo creo que es preciso señalar cuál es el punto de partida que adoptamos en esta materia. Ahora bien, antes que nada conviene sentar alguna premisa. Y es que dada la configuración del artículo 28 del Código penal, a mi entender, lo descartable es sostener un concepto unitario de autor y, yendo más lejos, hasta un concepto extensivo de autor, con lo cual creo que necesariamente la interpretación del referido concepto en nuestro Código penal pasa por un concepto restrictivo del mismo (20).

Igualmente, el mecanismo utilizado por el legislador para configurar el concepto de autor hace que en este marco (concepto res-

T. II, Torino, 1988, pp. 437 ss.; STORTONI, L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981. Igualmente, *vid.*, en sentido crítico con la regulación actual, GRASSO, G., en ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, T. II, Milán, 1990, pp. 120 ss.; VISCONTI, C., «Concorso di persone nel reato», en *Il Foro Italiano*, 1994, pp. 560 ss.; CORNACCHIA, L., «Reglas de imputación frente a la criminalidad organizada en el Derecho Penal Italiano». Trabajo mecanografiado de inmediata publicación facilitado por el autor, pp. 13 ss.

(18) A pesar de lo anterior me llama poderosamente la atención una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1999 (Ponente Sr. Martín Pallín) en la que resuelve un recurso de casación contra la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, con fecha 9 de junio de 1998, en la que a algunos de los acusados se les condena por un delito de revelación de secretos y por otro de cohecho. Sin embargo, lo sorprendente de la misma, es que si bien el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Tercero, donde dirime la responsabilidad de los encausados distingue claramente entre conductas propias de autoría y otras formas de participación —en este caso de inducción y de cooperación—, la sentencia acaba no estimando los correspondientes recursos de casación, a pesar de que la Audiencia había condenado a todos los acusados como autores de los referidos delitos —revelación de secretos y cohecho—, sin entrar a distinguir entre las distintas aportaciones al hecho punible cuando no todos los encausados reunían los requisitos exigidos en los tipos correspondientes, es decir, cuando no todos los sujetos eran funcionarios públicos. Con lo cual, a mi parecer, la sentencia de la Audiencia al castigar a todos los sujetos que intervienen en los hechos sin distinguir entre autores y partícipes está utilizando un concepto unitario de autor.

(19) Entre otros y sólo por citar algunos, *vid.* el clásico trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966; o el más reciente de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991; o bien los acabados de mencionar de BOLEA BARDON, C., PÉREZ ALONSO, E. y HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.

(20) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, pp. 28-30. Igualmente, BOLEA BARDON, C., *La autoría mediata en derecho penal*, *op. cit.*, p. 50.

trictivo) las opciones interpretativas sean plurales (21), incluso en el ámbito de la teoría objetivo-material (es autor quien aporta a la realización del hecho la contribución objetiva más importante) (22), adoptando en nuestro caso en particular la teoría del dominio del hecho que en realidad puede que no sea más que una variable de la anterior.

Como es sabido la teoría del dominio del hecho, que tiene origen en el finalismo, y en particular en las aportaciones de Welzel (23), es probablemente la dominante actualmente en Alemania (24) y ha encontrado un importante eco en nuestro país (25). Según este criterio, sería autor aquel que domina finalmente la realización del delito, o lo que es lo mismo, «quien decide en líneas generales el sí y el cómo de la realización» (26). O, en palabras de

(21) PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, op. cit., p. 387, nota a pie de página núm. 39.

(22) Vid., matizadamente, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a edición, Barcelona, 1996, pp. 363 ss., para quien la autoría supone una relación de pertenencia entre el hecho y su autor. Esta pertenencia, añade, «corresponde en primer lugar al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito... Es seguro que la pertenencia de la causación típica corresponde, en segundo lugar, al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control. El llamado hombre de atrás (mejor: persona de atrás). Construcción que, todo sea dicho, entiendo que solventa alguno de los problemas que puede presentar la teoría del dominio del hecho pero que como más adelante veremos le son imputables algunas deficiencias en el plano de la autoría mediata. Del mismo autor, vid., igualmente, «Adiciones» a JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Barcelona, 1981. Sobre ello, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, op. cit., pp. 615, 619-620.

(23) WELZEL, H., *Derecho penal alemán* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J., y YAÑEZ PÉREZ, S.), Santiago de Chile, 1993.

(24) Vid., sólo por citar algunos autores, MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Barcelona, 1961, pp. 307 ss.; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, op. cit., pp. 897 ss.; ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, Madrid, 1998, pp. 335 ss.

(25) Entre otros, CÓRDOBA RODA, J., en «Notas...» a MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, op. cit., pp. 310 ss.; CEREZO MIR, J., «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 162 ss.; MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 481; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 364 ss.; del mismo autor, «Adiciones», T. II, pp. 913 ss., si bien su contribución presenta alguna particularidad importante como es la de «pertenencia del hecho».

(26) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a edición, Valencia, 1998, p. 481.

Roxin (27), es autor quien «mantiene en sus manos el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos». Más adelante el propio Roxin añade que si el sujeto desempeñó un papel dominante en el hecho, éste será autor, a pesar de que actúe «para» o «instigado por un tercero». Si, por el contrario, no ha dispuesto del dominio del hecho, únicamente será partícipe sin perjuicio del interés que haya tenido en la comisión del delito.

Esta teoría del dominio del hecho, a mi juicio, acota con mayor precisión la realización del tipo pero, igualmente, es necesario entrar a concretar algunas cuestiones polémicas en el plano de la autoría mediata y los delitos especiales.

3.2 ACERCA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Si bien en las últimas décadas el concepto de autoría mediata había sido admitido progresivamente por la doctrina y por la jurisprudencia, también es verdad que durante mucho tiempo fue motivo de discusión incluso acerca de su viabilidad. De esta forma ha habido autores que no la admitían, otros que entendían que se trataba de un concepto sin trascendencia, hasta quienes efectivamente la concebían como una forma de autoría y la incluían en el artículo 14 del anterior Código penal (28). Discusión que, de una vez por todas, y con la inclusión expresa en el artículo 28 de la autoría mediata está plenamente superada.

Sin embargo, sobre lo que no hay acuerdo es sobre el propio concepto de autoría mediata. El punto de partida, eso sí, es unívoco y se dice –unánimemente me atrevería a decir– que en la autoría mediata el autor no realiza personalmente el hecho sino que sirve de otro a quien utiliza como instrumento (29). Ahora bien, obsérvese que la definición propuesta, que por otro lado es prácticamente de

(27) ROXIN, C., «Sobre la autoría y participación en el Derecho penal», en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Homenaje al Prof. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Buenos Aires, 1970, p. 56.

(28) *Vid.*, sobre estas cuestiones, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3.ª edición, Madrid, 1994, pp. 219 ss.; BOLEA BARDON, C., *La autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 124 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal*, Pamplona, 1998, pp. 483 ss.

(29) Entre otros, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, *op. cit.*, p. 919.

forma literal la recogida en el Código penal, es lo suficientemente amplia para, en principio, no suscitar controversias. Otra cosa es si el sujeto utilizado como instrumento para la realización del delito actúa con dolo y —en el caso de que así sea— continuar manteniendo que se trata de un supuesto de autoría mediata, de una forma de participación o incluso, para algunos autores (en la hipótesis de los delitos especiales propios), que el hecho devenga impune.

Como es sabido éste es uno de los temas más polémicos en la doctrina penal española, no ya por la aceptación o no de la autoría mediata como una forma de autoría (cuestión que estaba ya admitida de forma generalizada incluso con el Código penal anterior), sino por las dudas que suscitan algunas de las hipótesis que veremos inmediatamente.

Una muestra de ello sería, sin ir más lejos, las distintas definiciones de autoría mediata propuestas. Así, entre otras y sólo por citar algunas, Quintero Olivares sostiene: «Es autor mediato de un delito quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona *que actúa inconscientemente* de la trascendencia penal de lo que hace» (30). Por su parte, Muñoz Conde entiende que en la autoría mediata «el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, *generalmente no responsable*, que es quien lo realiza» (31). Y, finalmente, Mir Puig señala lo siguiente: «Es autor mediato quien realiza el hecho *utilizando a otro* como instrumento» (32) (33).

(30) QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 482. Vid., asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «La autoría mediata conforme al Código penal», *La Ley*, 2000, T. II, pp. 1726 ss.

(31) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 482.

(32) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 372. Vid., igualmente, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 141, quien parte de un concepto abierto de autoría mediata: «Autor mediato es el que “realiza el tipo”, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para esta ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad». Ahora bien, a continuación añade que únicamente puede ser instrumento aquel que en sí mismo «no es autor plenamente responsable», retomando así la doctrina mayoritaria a pesar de lo cual admite una excepción: la autoría mediata en los delitos especiales propios mediante un instrumento doloso no cualificado. Vid. *op. cit.*, p. 158.

(33) Vid. el reciente trabajo de BOLEA BARDON, C., *La autoría en Derecho penal, op. cit.*, pp. 158 ss., quien distingue entre autoría mediata en sentido estricto y autor detrás del autor. Incidiendo en que ambas figuras tienen en común la

De una primera lectura de las definiciones transcritas es obvio que se plantean concepciones distintas sobre la autoría mediata. La de Quintero (que seguramente es la mayoritaria en la doctrina española), que parte del criterio de que en la autoría mediata el instrumento actúa inconscientemente y, por lo tanto, descarta la figura del instrumento doloso no cualificado (34). En cambio, Muñoz Conde al definir la autoría mediata se refiere al instrumento como a alguien *generalmente no responsable*. ¿Quiere eso decir que a su juicio se podría llegar a admitir en algún caso la actuación del instrumento doloso no cualificado o la del instrumento doloso sin intención como un supuesto de autoría mediata? A mi entender la respuesta a esa cuestión la responde el mismo autor aunque de forma indirecta: «... los límites de dicha instrumentalización y, por tanto, de la autoría mediata, habrá que marcarlos allí donde no pueda afirmarse que el autor material haya perdido el dominio del hecho» (35). Luego, yendo un poco más lejos y avanzando cuál es mi posición al respecto, me atrevería a añadir que desde ese punto de vista no sería descabellado sostener que en el caso de que el autor mediato a pesar de actuar a través de un instrumento doloso cuando no pierde el dominio del hecho, se trataría de un supuesto de autoría mediata y no de inducción. Y, por último Mir Puig, deja el concepto de autoría mediata abierto. Como hemos visto, a su entender el autor mediato es quien utiliza a otro como instrumento; con lo cual contempla la hipótesis –al menos en algunos supuestos– de admitir la autoría mediata a través del instrumento doloso (36).

realización del tipo a través de otro, la falta de ejecución de propia mano del delito y la intervención en un hecho propio. Añadiendo que, sin embargo, «no coinciden ni en cuanto al fundamento ni en cuanto a la estructura». El punto de partida es el del «dominio del riesgo a través de la instrumentalización de otra persona». Sin embargo, a pesar de la originalidad y novedad de tal aportación, la misma no deja de plantearme dudas importantes en tanto que, por ejemplo, en la página 172 del referido trabajo la misma autora mantiene lo siguiente: «Sigue siendo aconsejable interpretar la palabra instrumento en un sentido amplio, como medio para cometer el delito, capaz de cobijar, por tanto, no sólo al ejecutor inmediato/no autor, sino también al ejecutor inmediato/autor».

(34) QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, op. cit., pp. 97 ss.

(35) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 484. Aunque previamente el citado autor, op. cit., p. 483, cuando expone los distintos supuestos en los que cabe la autoría mediata la admite expresamente cuando «el instrumento no actúa típicamente porque falta en él una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo».

(36) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 376.

Con independencia de lo anterior, en lo que sí parece que hay un consenso importante es en admitir que, por propia definición, en la autoría mediata tienen encaje aquellos supuestos en los que el instrumento actúa sin antijuridicidad (ya sea por la concurrencia de causas de justificación o cuando el instrumento actúa sin la concurrencia de la parte objetiva del tipo), o bien cuando actúa sin posibilidad de imputación personal (37).

Insisto en que, con independencia de la polémica, sobre lo que no hay ninguna duda es que la autoría mediata supone la realización de un hecho a través de otro que se utiliza como instrumento. Es más, el Código penal así lo establece en su artículo 28, es decir, en él no se dispone ningún tipo de consideración, de límite o de particularidad acerca de la actuación del instrumento, ya actúe el instrumento con dolo, ya sea un sujeto inimputable o ya actúe sin antijuridicidad. En virtud del carácter abierto de la configuración de la autoría mediata en el Código parece que, al menos inicialmente, lo dicho hasta ahora no sería descartable y, en particular, la posibilidad de considerar la existencia de autoría mediata en algunos casos más que cuando el instrumento, en palabras de Quintero, actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace. Por lo tanto, bien podría ocurrir que el instrumento actuara también de forma dolosa y que fuera perfectamente imputable.

A mi entender el origen del problema es asegurar como una presunción *iure et de iure*, tal y como hacen los autores que descartan tal hipótesis, que en esos casos el instrumento dispone del dominio del hecho. Así, para Rodríguez Mourullo debe rechazarse la autoría mediata a través del instrumento doloso, es decir, «a tra-

(37) Así, expresamente, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 372 ss. Igualmente, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal*, op. cit., pp. 219 ss.; BOLEA BARDON, C., *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 175 ss.; MUÑOZ CONDE F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 482 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «La autoría conforme al Código penal», op. cit., pp. 1726 ss. Vid., en este sentido, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 267, quien concreta los supuestos de autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás en dos supuestos básicos, considerando que los demás no son más que variables de, en primer lugar, coacción o, en segundo lugar, error del ejecutor. Con ello descarta ya de forma implícita, lo que hará posteriormente de forma expresa (pp. 278-286), la autoría mediata en el caso de los instrumentos dolosos sin intención a través de la teoría del dominio del hecho, y planteando la teoría de los delitos que consisten en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), para el supuesto de los delitos especiales.

vés de persona que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del incitador o en maliciosa connivencia con él» (38). En el mismo sentido, Quintero sostiene que no hay motivo para considerar como de autoría (mediata) en sentido estricto «a un comportamiento que en los casos de delito común o especial impropio no será constitutivo más que de inducción» (39). Y, precisamente, partiendo de esa presunción (?) *iuris et de iure* es como el propio Roxin cuestiona que el autor inmediato actúe sin dominio del hecho, y asegura que el no ejecutor únicamente puede ser «señor del suceso de la acción si está descartada la voluntad libre del ejecutor» y hasta ahí estaríamos de acuerdo, pero a continuación añade: «pero esto presupone forzosamente o que la voluntad del agente esté atada o que éste no abarque el sentido concreto de la acción». Para concluir: «no es en absoluto imaginable otra posibilidad» (40).

A mi juicio tal afirmación es demasiado contundente y debo de añadir que no deja de ser sorprendente que Roxin rechace de una forma tan inequívoca la autoría mediata en el supuesto del instrumento doloso y que, a la vez, mantenga la existencia de dominio de la voluntad en un supuesto mucho más complejo y quizás también discutible como lo es el de las estructuras de poder organizadas (41).

En definitiva, creo que ésta —el rechazo de Roxin de la autoría mediata en el caso del instrumento doloso— como las anteriores consideraciones de Rodríguez Mourullo o Quintero hay que matizarlas. Y pienso que si adoptamos como referencia el propio concepto de la autoría mediata y de la inducción, es posible situar un punto de partida en este conflicto. Como es de sobra conocido, una de las características de la inducción es que en ella el inductor hace surgir en el inducido la idea de cometer un delito, pero quien decide y domina, en todo caso, la realización del mismo es el in-

(38) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», ADPCP, 1969, p. 474. Es más, el citado autor pone en tela de juicio —siguiendo a BELING y a MEZGER— el mantenimiento de la denominación de *instrumento doloso* cuando éste es consciente de su situación con respecto al pretendido autor mediato. Pues difícilmente, añade, se puede hablar de «instrumento» cuando éste obra dolosamente. *Vid. op. cit.*, p. 470, notas a pie de página núm. 35 y 36.

(39) QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, p. 101.

(40) ROXIN C., *Autoría y dominio del hecho*, *op. cit.*, p. 280.

(41) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, *op. cit.*, pp. 257 ss.; del mismo, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», RP, 1998.

ducido ya que de lo contrario el inductor sería autor mediato. Mientras que en la autoría mediata el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino que se sirve de otra persona que utiliza como instrumento, es decir, será el autor mediato quien decide en todo momento sobre la realización del delito (42). Como todo el mundo sabe es ahí donde radica una de las diferencias, en la inducción quien decide es el inducido, mientras que en la autoría mediata quien decide sobre la realización del hecho es, en todo caso, el autor mediato y no el instrumento.

Llegados a este momento la pregunta es obvia: ¿podemos afirmar que en los supuestos de actuación a través de instrumento doloso quien tiene en todo momento el dominio del hecho es el instrumento o, por el contrario, el dominio del hecho continúa perteneciendo al autor mediato? Evidentemente en función de cuál sea la respuesta la controversia se puede resolver en un sentido o en otro, aunque no es sencillo dado que las hipótesis son varias:

3.2.1 *El instrumento que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato*

Ésta es parcialmente la fórmula transcrita unos párrafos atrás y que utiliza Rodríguez Mourullo para cuestionar la autoría mediata. Ahora bien, obsérvese que el citado autor utiliza el término «incitador» por el de «autor mediato», que es el que proponemos para este caso.

Tal sustitución tiene una indiscutible razón de ser: y es que el vocablo «incitador» está estrechamente ligado a la inducción, con lo cual si empleamos el término «incitador» estamos presuponiendo que en esa hipótesis, el que incita está haciendo surgir en otro (en ese caso ya el inducido) la idea de cometer un delito, con lo cual el punto de partida me parece viciado desde el inicio.

Si una de las particularidades de la autoría mediata es que el autor mediato no realiza el hecho por sí mismo, sino que utiliza a un instrumento y que además el autor mediato es quien tiene en todo momento el dominio del hecho, él es quien decide la realización o no del mismo, y no el autor inmediato. Es más, éste actúa por orden del autor mediato y es sólo a este último a quien le compete tomar

(42) Así, expresamente, MUÑOZ CONDE F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 482, 491.

la primera y la última decisión acerca de la realización del hecho. Es verdad que, en ocasiones, se ha dicho que puede haber un dominio del hecho compartido en los supuestos en los que el autor inmediato también decide (43). Sin embargo, entiendo que se trata de aspectos colaterales a la realización del hecho. Quien toma la decisión de realizar el hecho es el autor mediato y quien puede interrumpir su realización a través de una contraorden al instrumento es el autor mediato; el que el autor inmediato decida las particularidades de cómo llevar a cabo el hecho, o el momento del mismo, o la técnica utilizada para ello me parece que desvirtúa la auténtica dimensión de la autoría mediata en la que lo esencial es la realización de un hecho a través de un tercero que actúa como instrumento, actúe éste de forma «inconsciente» [en palabras de Quintero (44)], o bien lo haga con pleno conocimiento y voluntariedad de los designios del autor mediato. Una vez llegados hasta este punto, querría señalar expresamente que las anteriores reflexiones no tienen origen en una concepción del dominio del hecho desde una perspectiva puramente fáctica, en el sentido de interpretarlo como un puro control causal, ni como es evidente tampoco es de corte normativo (45), sino que me inclino por adoptar un criterio que podríamos denominar fáctico-normativo (46). Cuestión que en este momento apunto y sobre la que volveré más adelante.

Como decía, es cierto que en este caso, para Gallas, existe una situación de un cierto dominio compartido entre el autor mediato y el inmediato, puesto que a su entender el instrumento doloso domina el hecho en idéntica medida que un coautor. A lo que añadía que, a pesar de todo, el autor mediato es autor porque es él y no el instrumento quien tiene el dominio del hecho (47), tiene «en sus

(43) Díez Ripollés, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, p. 46

(44) *Vid.*, asimismo, Octavio de Toledo y Ubierto, E., «La autoría conforme al Código penal», *op. cit.*, pp. 1726 ss.

(45) *Vid.*, en este sentido, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 373 ss., quien sostiene un concepto normativo de autor basado en el criterio de *pertenencia del delito*.

(46) Así, expresamente, Bolea Bardón, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 435 ss.

(47) Gallas, W., «Täterschaft und Teilnahme», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, T. I, Bonn, 1954, p. 136. (Citado por Rodríguez Mourullo en «El autor mediato en derecho penal español», *op. cit.*, p. 471, nota a pie de página núm. 41.)

manos» que el hecho se realice (48). Sin embargo en la línea de lo dicho hasta ahora, entiendo que tal situación no se corresponde en realidad con un dominio compartido del hecho entre autor mediato e instrumento (situación que conviene no olvidar es la de un instrumento que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato); que el instrumento decida el cómo, el cuándo o el dónde no significa, como dice Rodríguez Mourullo, que el instrumento decida libre y voluntariamente la ejecución del hecho ni tampoco significa que pueda interrumpirla cuando quiera. Tales situaciones, insisto, no son más que aspectos no determinantes para la realización del hecho principal. La realización del hecho, quien la decide es el autor mediato y es a él a quien le compete interrumpirla y no al instrumento, es más, en muchos casos el autor mediato puede permanecer al margen del cómo, del dónde o del cuándo. Él es quien tiene el dominio del hecho y las, llamémosles así, *particularidades o los detalles de o sobre* la realización del hecho pueden ni siquiera interesarle. Quien, en definitiva, mantiene el dominio del hecho es el autor mediato y quien decide interrumpir la realización del hecho es él, no el autor inmediato (49).

En una línea similar a la anterior, aunque en ese caso para los delitos especiales propios, Welzel también distingue la posición privilegiada de la persona cualificada, lo que le da pie a fundamentar lo que califica como *dominio social del hecho* (o autoría social) por parte del autor mediato (50). A este respecto, para Gimbernat: «El sujeto que actúa desde detrás tiene el dominio del hecho si el autor inmediato, por el motivo que sea, no es libre al ejecutar la acción delictiva; en los supuestos en que el ejecutor actúa libremente sólo hay inducción. De pronto, en los delitos especiales propios, se afirma que, aunque el ejecutor actúe libre-

(48) Vid. la crítica de ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 280-281.

(49) Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., p. 613, quien califica la posibilidad de interrumpir el hecho como de *dominio negativo*, además de partir del presupuesto que tal poder pueden tenerlo también los partícipes e incluso los terceros.

(50) WELZEL, H., *Das Deutsches Strafrecht*, op. cit., pp. 99, 104. Vid., igualmente, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, T. II, op. cit., pp...., quien introduce el criterio de «autoría normativa». Vid. BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 411 ss., donde, a este respecto, formula unas interesantes reflexiones críticas.

mente, el *intra-neus* que le induce no es inductor, sino autor mediato» (51).

Como se puede constatar fácilmente se trata de una opción que dota al dominio del hecho en los delitos especiales de un significado distinto al que Welzel le venía atribuyendo en los demás delitos, lo cual –a juicio de Roxin– no es posible dado que implica atribuir a un concepto un contenido distinto en función de los casos (52).

Este último autor propone una opción distinta a la del dominio del hecho para los delitos que consisten en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*) (53). Como ya es de sobras conocido, entre los delitos que consisten en la infracción de un deber, Roxin sitúa los delitos especiales y entre ellos los delitos de funcionarios públicos; pero no sólo éstos sino todos aquellos que exijan del sujeto un deber, como pueden ser los delitos de omisión (54). Así en los *Pflichtdelikte* dado que lo esencial es la infracción del deber, el obligado, sea cual sea su contribución al delito, se convierte en autor con independencia de que disponga del dominio del hecho. El planteamiento de Roxin supone de hecho la plena equiparación entre autoría y participación, puesto que quien infringe un deber es siempre autor del delito con independencia del grado de contribución a la ejecución del mismo, lo que en cierto modo implicaría un concepto extensivo de autor (55), particularidad sobre la que ya me he pronunciado unas páginas atrás y que, insisto, dada la formulación del artículo 28 del Código penal español se me hace del todo inviable (*supra*, 3.1). Las críticas a la propuesta de Roxin para fundamentar la autoría mediata son de un indudable calado, además de la acabada de referir en orden a que tal fórmula supondría un concepto extensivo de autor y, además, estrechamente relacionado con ello, se argumenta que no se puede legitimar que conductas que en realidad son de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad, sean tratadas como de autoría mediata si, como señala Gimbernat, el Código penal no lo dice expresamente (56).

(51) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, op. cit., p. 257.

(52) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 282 ss.

(53) ROXIN, C., *Autoría y domino del hecho*, op. cit., pp. 383-386, 391-396.

(54) Vid. CUERDA RIEZU, A., «Estructura de la autoría en los delitos dolosos imprudentes y de omisión», ADPCP, 1992.

(55) Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, op. cit., p. 102; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», op. cit., p. 473.

(56) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, op. cit., p. 398; Vid., igual-

3.2.2 *El instrumento que actúa en situación de pleno dominio del hecho*

El punto de partida en este caso lo vamos a situar en el mismo lugar que en la hipótesis anterior, es decir, en la diferencia fundamental entre autoría mediata e inducción. Permítaseme volver a abundar en el mismo argumento de distinguir entre autoría mediata e inducción. Así, el autor mediato no realiza directamente el tipo sino que utiliza a un tercero que actúa como instrumento. Se trata de lo que Gómez Benítez califica como un *ejecutor-instrumental* de la voluntad del hombre de atrás; a lo que añade (en referencia al papel determinante que tiene o que ejerce el autor mediato en la realización del hecho) que el autor inmediato no es más que un *instrumento de su voluntad*. Y, finalmente, concluye afirmando que precisamente en esa particularidad (en el dominio de la voluntad) es donde reside la diferencia fundamental entre autoría mediata e inducción» (57). Por el contrario, y en palabras del mismo autor, la inducción consistiría en *hacer surgir en otra persona* la voluntad de consumar un delito doloso concreto en otro que empieza, efectivamente, a realizarlo (58). En síntesis, resulta que lo esencial para delimitar ambas figuras es precisamente que en la autoría mediata el hombre de atrás dispone del dominio del hecho, mientras que en la inducción el inductor no lo conserva y quien decide es el inducido.

La hipótesis que vamos a analizar a continuación es distinta de la que hemos visto en primer lugar, cuando el instrumento actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato sino que, en este caso, el instrumento actúa en situación de pleno dominio del hecho (59).

mente y sólo por citar algunos trabajos de autores que se han manifestado en contra de esta propuesta, MUÑOZ CONDE, F., en «Introducción» a *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Barcelona, 1972, p. 11; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, pp. 102-103 o, más recientemente, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, p. 154, quien mantiene que, «cuando el hecho que comete el particular no sea subsumible en ningún tipo, la consecuencia será también la atipicidad del partícipe cualificado, sin que resulte admisible suplir las posibles lagunas mediante el recurso a expedientes que entran en pugna con el principio de legalidad».

(57) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, *op. cit.*, p. 141.

(58) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, *op. cit.*, p. 519.

(59) Antes de continuar debo puntualizar que a pesar de que hasta ahora haya hecho referencia a la figura de un *instrumento que actúa en situación de pleno*

Una vez situado el punto de partida conviene puntualizar que esta situación: la del instrumento que actúa en situación de pleno dominio del hecho, es la que fundamenta que una buena parte de la doctrina ponga en tela de juicio que se trate de un caso de autoría mediata y que, por el contrario, se trate de una inducción (60). Ésta es una hipótesis con la que estoy completamente de acuerdo. Sin embargo, se trata de un caso distinto al anterior, ya que un supuesto diferente es la actuación a través de instrumento doloso cuando éste actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato, pero es que resulta que el hombre de atrás es quien realmente tiene el dominio del hecho.

La distinción fundamental como he tratado de poner de manifiesto una vez más al volver a insistir en las diferencias entre autoría mediata e inducción, es que en la autoría mediata el hombre de atrás tiene pleno y absoluto dominio del hecho, lo cual no ocurre en la inducción, donde el inducido es quien en este caso, normalmente, decidirá ya no sólo sobre el cuándo, el dónde y el cómo de la realización del hecho, sino que puede incluso decidir no llevarlo a cabo. A mi juicio, se trata de un caso distinto al anterior, donde el inducido tiene una autonomía plena y donde dispone de una capacidad con una entidad suficiente como para poder tomar él personalmente la decisión de realizar o no el hecho o, bien, de desistir del mismo. De todos modos, insisto, la decisión sobre la ejecución debe de ser del inducido ya que en sentido contrario el dominio del hecho lo tendría el hombre de atrás y en ese caso hablaríamos de autoría mediata (61).

Una vez dispuesto el marco general o el punto de partida en el que cuando el instrumento actúa con pleno dominio del hecho se trata de un supuesto de inducción y no de autoría mediata, se hace necesario establecer algunas hipótesis distintas que como inmediatamente veremos algunas de ellas presentan problemas para mantener la tesis de la inducción:

dominio del hecho, soy consciente de que dogmáticamente no se puede hablar ya de una forma de autoría (mediata).

(60) Por todos, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, p. 97.

(61) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 493.

a) El presunto inducido ya había tomado previamente la decisión de realizar el hecho.

En la inducción, por definición, es fundamental que se haga surgir en el inducido la decisión de realizar el hecho. La inducción ha de ser, pues, concluyente, de modo que la determinación ha de surgir como consecuencia de la acción previa del inductor (62).

Ahora bien, qué es lo que ocurre cuando el presuntamente inducido ya había tomado previamente la decisión de realizar el hecho: se trata del *omnimodo facturus* (63). En este caso la doctrina es prácticamente unánime al considerar que la pretendida inducción en un sujeto que previamente estaba determinado a realizar el hecho concreto no puede ser ya inducido (no es un objeto idóneo para la inducción) (64), sino que se requiere para ello acreditar una relación de causalidad entre la incitación y la aparición de la resolución de delinquir en el presunto ejecutor (65).

Por su parte, Muñoz Conde considera que si a pesar de que el sujeto estaba previamente resuelto a cometer el delito antes de la inducción, el acto que consista en la aprobación o en el refuerzo de la idea originaria de delinquir debe de ser considerado como una contribución digna de ser castigada y, en ese caso, se trata de una complicidad (66) (psíquica).

Esta última opinión de Muñoz Conde no es contraria a lo acabado de referir en los párrafos anteriores, de lo que se trata es de perfilar la idoneidad o inidoneidad del objeto de la inducción. Una cosa es que el *omnimodo facturus* no pueda ser inducido por estar ya previamente resuelto a realizar el hecho y otra cosa distinta es que el influjo de la inducción suponga alimentar una cierta tendencia o venga a consolidar una predisposición hasta lograr su firmeza. Es cierto que en ese caso aparece una zona límite entre la complicidad psíquica y la inducción que Roxin trata de resolver a través del criterio de la «preponderancia»; de manera que habrá inducción

(62) QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 488.

(63) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 398, nota a pie de página núm. 41 y la bibliografía allí citada a este respecto.

(64) BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», ADPCP, 1989, pp. 1103-1106, en especial nota a pie de página núm. 50.

(65) MIR PUIG, S., «Adiciones», T. II, op. cit., p. 974.

(66) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 493.

cuando los motivos que empujan al delito son preponderantes a las representaciones inhibitorias (67), mientras que si no es así, es decir, cuando el influjo sea de menor intensidad se tratará de una complicidad psíquica.

En definitiva, y retomando el argumento inicial, si no es posible fundamentar tal relación de causalidad entre la inducción y la resolución de delinquir, un sector de la doctrina se inclina por entender que en esta hipótesis habrá una proposición para delinquir o, bien, otro por una provocación a delinquir. Opción esta última por la que ya me he pronunciado anteriormente (68).

b) El sujeto objeto de la inducción toma la decisión con posterioridad.

Evidentemente que cuando la inducción es eficaz el inducido toma con posterioridad la decisión de delinquir, pero con ello me estoy refiriendo a la hipótesis de la existencia de un cierto espacio temporal desde que se produce la inducción hasta que el inducido adopta la decisión de delinquir. En ese supuesto para mantener la existencia de la inducción, la incitación debe de haber supuesto, como sostiene Muñoz Conde, un incremento relevante del riesgo en el inducido para que éste adopte la resolución delictiva a la cual se le incita (69).

c) La tentativa de inducción: la inducción fracasada y la inducción no seguida de resultado.

En el sí de la tentativa de inducción se pueden agrupar dos casos distintos. Uno sería la inducción fracasada, en la que el inductor no logra hacer surgir en el inducido la idea de realizar el hecho y, el otro, sería la inducción no seguida de resultado, donde el inducido inicialmente asume la decisión de realizar el hecho pero finalmente desiste de llevarlo a cabo. Hipótesis, ambas, que a

(67) Vid. BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», *op. cit.*, p. 1104.

(68) Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, 1996, pp. 59 ss.

(69) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 491. *Vid.*, igualmente, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, *op. cit.*

mi juicio deben de recibir el tratamiento de la provocación para delinquir (70).

3.2.3 *El instrumento que actúa en una situación de dominio compartido del hecho con el hombre de atrás: ¿autoría mediata, inducción, coautoría o cooperación necesaria?*

Efectivamente éste se trata de un supuesto distinto a los anteriores, donde el instrumento (o autor material) dispone de una situación material de dominio compartido con el hombre de atrás. A mi entender el tratamiento que se le debe de dispensar no es el mismo que a los precedentes, en tanto que el hombre de atrás no dispone en exclusiva del dominio del hecho; el instrumento no sólo es plenamente consciente, sino que el dominio del hecho no recae en exclusiva en el hombre de atrás: es compartido entre ambos sujetos, con lo cual descartaría de inicio que estamos frente a un supuesto de autoría mediata (71).

No se trata tampoco de una hipótesis en la que el inducido o, mejor, el autor material dispone de un pleno dominio del hecho sino que ambos, el hombre de atrás y el autor material, tienen la posibilidad de decidir acerca de la realización del hecho, ambos, utilizando la fórmula de Díaz y García Conlledo, disponen de un dominio negativo del hecho (72). Tampoco existe entre ellos una relación de subordinación sino de plena igualdad; con lo cual tanto el uno como el otro pueden resolver acerca de cuestiones de índole menor o cada uno de ellos puede decidir sobre la efectiva realización del mismo hecho. Me parece evidente que no es posible mantener la tesis de la inducción en la que es el inducido quien decide en exclusiva acerca de la realización del hecho, mientras que en

(70) REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, *op. cit.*, pp. 91 ss. Con independencia de la discusión en este apartado, acerca de si se trata de un supuesto que debe de ser tratado como una proposición (tesis de MIR) o como provocación, un sector de la doctrina mantiene que la tentativa de inducción es impune. Así, COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 687. *Vid.*, igualmente, MIRA BENAVENT, J., «¿Ha despenalizado el Código penal de 1995 la inducción frustrada», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.

(71) Díez Ripollés, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, p. 50.

(72) Díaz y García Conlledo, M., *La autoría...*, *op. cit.*, p. 613.

este caso la decisión sobre el mismo es compartida y de mutuo acuerdo.

Creo que esta situación de dominio compartido entre el autor material y el hombre de atrás tiene que resolverse en el plano de la coautoría, o, incluso, de la cooperación necesaria, en función de quien ostente materialmente el dominio del hecho.

Como pone de manifiesto Pérez Alonso la delimitación entre coautoría y cooperación presenta en la doctrina penal española todas las variables posibles, desde un sector de la doctrina que señala que el cooperador necesario es siempre partícipe, los que defienden que el cooperador necesario es siempre coautor, a los que mantienen que el cooperador necesario es a veces coautor y a veces partícipe (73). Todo ello, naturalmente, en virtud de cuál sea el punto de referencia adoptado sobre el concepto de autor. Por nuestra parte ya hemos puesto de manifiesto que el concepto de autor del que partíamos era el propuesto desde la teoría del dominio del hecho. En virtud de ello, el cooperador necesario será en algunas ocasiones coautor y en otras partícipe en función de que el dominio funcional del hecho sea compartido —en el caso de la coautoría— o bien será partícipe, y en ese caso cooperador necesario si no dispone efectiva y materialmente del dominio del hecho (compartido) (74).

Una vez dicho esto, he de admitir que la posibilidad del dominio del hecho compartido me parece teóricamente sostenible, pero materialmente muy compleja. Lo que me suscita más dudas es la existencia real de una relación paritaria entre ambos y el que no existan visos de subordinación, lo cual, como digo, si bien teóricamente es al menos imaginable me parece descartable de plano, por ejemplo, cuando esa relación se da en el seno de estructuras de poder organizadas.

En cualquier caso, insisto, para admitir la existencia de coautoría en el supuesto que estamos analizando es imprescindible: *a*) la existencia de una relación igualitaria entre los dos sujetos, no de subordinación, *b*) la concurrencia de un plan común, *c*) un dominio funcional compartido del hecho.

(73) Vid., ampliamente, PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad...*, *op. cit.*, pp. 420 ss., donde se hacen cumplidas referencias a cada una de estas posiciones y las consecuencias de las mismas en función del concepto de autor que se asume.

(74) CERESO MIR, J., «Autoría y participación en el Código...», *op. cit.*, pp. 43-44.

En el caso de que no se dé alguno de estos requisitos, los cooperadores necesarios serán siempre partícipes, fundamentalmente, por carecer del dominio funcional compartido del hecho o por no existir una relación en plano de igualdad entre los mismos, lo que implicará que uno ostente el dominio funcional del hecho, pero no los dos (75). Y, por lo tanto, el cooperador necesario será siempre partícipe en un hecho ajeno que es dominado por el autor material del mismo (76).

4. La problemática en los delitos especiales: la autoría mediata y la inducción en el delito de tortura

4.1 SOBRE EL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO (LA AUTORÍA MEDIATA DEL *INTRANEUS*)

Unas páginas atrás ya hemos visto como uno de los supuestos problemáticos de la autoría mediata eran las dudas que presentaban determinados casos relacionados con el instrumento doloso, en particular cuando se trataba de un instrumento doloso no cualificado. No obstante, y a pesar de los argumentos en contra de una parte de la doctrina, no hemos descartado tal hipótesis.

En ese contexto, de no rechazar la autoría mediata con instrumento doloso, y de nuevo en el marco de la polémica, nos vamos a referir a la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. Es decir, cuando el autor inmediato no reviste el carácter exigido en el tipo; cuando, por ejemplo, en un delito de funcionario público el instrumento no reúne esa condición por tratarse de un simple particular. Se habla entonces por un sector de la doctrina de inidoneidad del *extraneus* para ser autor material y se postula que únicamente el *intraneus* puede ser autor del mismo (77). Naturalmente los problemas en este caso aparecen en el marco de los delitos especiales propios, ya que en los delitos especiales impropios el *extraneus* no realizaría el tipo especial, pero sí el tipo común y en virtud de ello

(75) CEREZO MIR, J., «Autoría y participación en el Código...», pp. 43-44; GÓMEZ RIVERO, M. C., «Regulación de las formas de participación...», *op. cit.*, p. 1627; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 62.

(76) *Vid.* PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad...*, *op. cit.*, p. 427.

(77) Díez RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, pp. 51 ss.

serían responsables del mismo tanto el autor inmediato como el autor mediato, ya fuera este último a título de inductor o de autor mediato siempre que se admitiera la posibilidad de la autoría mediata a través del instrumento doloso.

¿Cuál es la consecuencia de todo ello?, pues que en el caso de delitos especiales propios, de mantenerse tal criterio, el autor inmediato podría resultar impune y de no aceptarse la autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado, el autor mediato también devendría impune, ya que en virtud de la accesoriedad de la participación no podría ser castigado ni siquiera como partícipe ya que el instrumento no ha realizado ningún hecho antijurídico en el que participar (78).

En este caso, como ya hemos avanzado, para Roxin los delitos de funcionarios públicos se caracterizan por la infracción de un deber; de manera que sea cual sea su contribución al delito el *intra-neus* se convierte en autor con independencia de la aportación a la realización material del delito por el *extraneus*. El fundamento de la extensión de la autoría al *intra-neus* es, precisamente, la especial caracterización de estos delitos donde lo esencial es la infracción de un deber. Deber que se quiebra con la aportación del *intra-neus* para la realización material del *extraneus*, lo que convierte al sujeto cualificado en autor mediato del delito y al no cualificado en cómplice necesario del mismo (79).

Con independencia de la propuesta de Roxin, que por lo común no es compartida por la doctrina española, de modo esquemático podríamos sintetizar las distintas (y múltiples) opciones referidas ya en particular al delito de tortura. Sin embargo, y con carácter previo, valga como ejemplo perfectamente ilustrativo de la situación el supuesto propuesto por Maqueda (80), en el que un mercenario experto en torturas es utilizado por un funcionario para que las ponga en práctica sobre un ciudadano con el fin de obtener una confesión de éste:

(78) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 259 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, op. cit., pp. 97 ss.

(79) Con independencia de la originalidad de tal propuesta, las críticas formuladas por la doctrina española a la propuesta de ROXIN no son en absoluto desdeñables. Aspecto al cual ya me he referido y a cuyo lugar remito (*supra* 3.2.1).

(80) MAQUEDA ABREU, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», ADPCP, 1986, p. 476.

a) La primera de ellas que supondría que el *intraneus* sería inductor de un delito de torturas y el *extraneus* sería autor del delito común correspondiente del artículo 173. En este caso, tal y como sostiene Maqueda, sólo el funcionario público respondería por el delito especial –ya fuera como autor o como partícipe–, en tanto que únicamente él puede quebrar los deberes inherentes a la función pública que se establecen en los delitos de funcionario en general, y en el delito de torturas en particular (81).

b) La segunda opción, por el contrario, mantiene que el *extraneus* es autor de un delito de trato degradante del 173 y el *intraneus* sería partícipe del mismo (82).

En esta misma línea se manifiesta expresamente Muñoz Sánchez (83), quien no admite la propuesta del instrumento doloso no cualificado por entender que el *extraneus* que actúa dolosamente no puede considerarse instrumento puesto que mantiene el «control del hecho». Por lo tanto, el *intraneus* respondería (entiendo que como inductor) por el delito de trato degradante del artículo 173, mientras que el *extraneus* sería el autor inmediato del mismo (84).

c) El delito omisivo. Esta propuesta se debe inicialmente a De la Cuesta, quien ya la formuló para la anterior redacción del artículo 204 bis en virtud del párrafo quinto del referido precepto (85) y, posteriormente, atendiendo al actual artículo 176 se reafirma en ella (86).

(81) MAQUEDA ABREU, M. L., *ibidem. Vid.*, en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», *op. cit.*, pp. 127-128, quien además pone de manifiesto algunas interesantes sentencias relacionadas con el tema.

(82) MESA RODRÍGUEZ, M. J., *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, *op. cit.*, p. 314.

(83) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, *op. cit.*, p. 96.

(84) En este mismo sentido de manifiesta MUÑOZ CONDE, quien como hemos visto acepta la autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales propios, mientras que en los delitos especiales impropios es partidario de mantener la unidad del título de imputación y que en este caso significaría que el *extraneus* respondería por el delito común de trato degradante y que el funcionario público –autor inmediato– sería partícipe del mismo. MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 483, 499.

(85) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 211 ss.

(86) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Torturas y atentados contra la integridad moral», EPC, 1998, pp. 96, 107-108.

En síntesis el origen de tal formulación se debe al propósito de superar –como apunta el referido autor– los problemas de autoría y participación que presenta, en particular, el delito de tortura. La vía para ello, añade (refiriéndose a la redacción anterior), es el precepto omisivo, en tanto que puede abarcar «todo supuesto de “tolerancia” por parte de funcionarios, de cualquiera de los delitos definidos por el resto del artículo» (87).

Sin embargo, y por lo que se refiere a este supuesto en particular que estamos analizando de utilización de un *extraneus* (por un *intraneus*) para realizar el tipo, tal interpretación omisiva me parece que en realidad lo que hace es forzar el sentido del precepto en el que, no olvidemos, se hace referencia al funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, *permittere que otras personas ejecuten* los hechos previstos en los artículos precedentes. Es cierto que tal descripción típica contiene un indudable componente omisivo (propio), pero no es éste el caso. Porque, entonces, cabe preguntarse ¿cómo va a impedir el funcionario público que un *extraneus* lleve a cabo torturas en un tercero, cuando en realidad lo está utilizando como instrumento para ello? (88).

d) Y, por último, la opción que mantendría el criterio de que se trata de un supuesto de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado (89), en virtud de la cual el *intraneus* sería autor mediato de un delito de tortura y el *extraneus* respondería por un delito común de trato degradante del artículo 173 (90).

(87) Vid. las críticas –que comparto– en el caso del particular partícipe formuladas por MESA RODRÍGUEZ, M. J., en *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionario público*, op. cit., p. 313, nota a pie de página núm. 118.

(88) Vid. BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 442 ss., donde parece admitir la posibilidad de la comisión por omisión.

(89) Así expresamente, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 864, donde además trae a colación la Convención de 1984 en la que –añade– se contempla como tortura «aquellos actos en los que el poder político actúa sirviéndose de particulares». Vid., igualmente, MAQUEDA ABREU, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», op. cit., pp. 476-477, nota a pie de página núm. 205, en la que se refiere precisamente algunos Textos Internacionales que abundan en la consideración de autor del delito de tortura del *extraneus*; aunque la citada autora no comparte tal hipótesis de imputación a través de los citados Textos.

(90) Vid., igualmente, MAQUEDA ABREU, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», op. cit., p. 477, donde llega a manejar tal hipótesis, pero (siendo atrevido en el juicio) la controversia que genera en la doctrina la acep-

Como ya he manifestado expresa e implícitamente en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo, esta última opción es por la que personalmente me inclino. Es decir, al admitir la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado, en el caso que nos ocupa del delito de torturas, el autor inmediato sería responsable de un delito de trato degradante del artículo 173, mientras que el hombre de atrás respondería por el delito especial, es decir, sería autor mediato de un delito de tortura del artículo 174; con la particularidad de que el autor mediato, es decir, el *intra-neus*, respondería en cualquier caso por el delito de tortura, ya que en él la descripción del tipo es a *cualquier atentado contra la integridad moral*, mientras que el *extra-neus*, autor del delito de trato degradante del artículo 173, sólo respondería en el caso de que el menoscabo de la integridad moral fuera grave. Algo, por otro lado, obvio cuando nos referimos al delito de tortura.

El argumento que básicamente he utilizado hasta ahora para ello era el que si bien el instrumento (el torturador) actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato (del funcionario público), también es verdad que entiendo que quien decide la realización o no del mismo (de la tortura) es el hombre de atrás (el funcionario público), y no el autor inmediato (el torturador). Consideraciones a las que añadía que el autor inmediato (el torturador) actúa por orden del autor mediato (el funcionario público) y es sólo a este último a quien le compete tomar la primera y la última decisión acerca de la realización del hecho. Como pone de relieve Bacigalupo, el dominio del hecho se caracteriza por el dominio de la acción, no por el dominio de la voluntad (91).

He puesto de manifiesto con anterioridad que mi punto de partida en este sentido no era el de admitir en sentido estricto un punto de partida que implicara un dominio fáctico del hecho entendido en sentido puramente causal, sino que entendía que era más correcto partir de un concepto fáctico normativo, en el sentido de que siempre se parte de una realidad fáctica que posteriormente es valorada jurídicamente atendiendo «a la regulación legal y a los principios axiológicos del Derecho penal» (92). Es decir, cuando el

tación de la autoría mediata a través del instrumento doloso la hace pronunciarse por la primera de las opciones anunciadas.

(91) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal*, op. cit., p. 224.

(92) BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en derecho penal*, op. cit., p. 435.

intraneus domina el hecho, además de hacerlo en un sentido fáctico, también dispone de él desde un plano normativo ya que es él quien decide inicialmente; es él quien toma la decisión de lesionar al objeto de protección.

Una vez dicho esto debo de añadir que no se me escapa que una parte de la doctrina que acepta la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado, lo hace únicamente en el caso de los delitos especiales propios y no de los impropios (93), como es el caso del delito de tortura del artículo 174. Sin embargo, la pura coherencia dogmática me lleva a tal consideración al entender que no se le puede atribuir a un mismo concepto significados diversos en función de uno u otro supuesto, como pone de manifiesto Rodríguez Mourullo (94); ésa es precisamente la crítica que subyace en Roxin a la construcción de Welzel sobre el *dominio social del hecho*.

Soy consciente igualmente de que mi propuesta puede suponer para algunos la ruptura de la unidad del título de imputación (aunque como más adelante veremos es una idea que en este caso no comparto). Crítica que podría salvar adhiriéndome a las tesis de Mir Puig, quien a pesar de admitir la autoría mediata en los delitos especiales impropios a través del instrumento doloso no cualificado, sostendría –según entiendo– que el funcionario respondería como autor mediato de un delito de tortura (del art. 174), mientras que el particular lo haría como cooperador necesario del mismo (95). Sin embargo considero preferible lo aquí defendido por distintas razones:

En primer lugar por entender que únicamente es el funcionario público o autoridad quien tiene capacidad para infringir los deberes específicos del tipo del artículo 174, y no el *extraneus*.

En segundo lugar, porque es cierto que la participación implica la cooperación en un acto ajeno y también lo es que no se requiere del sujeto, a diferencia de la autoría, la cualidad del autor. Sin embargo si calificáramos al autor inmediato como partícipe del delito de tortura, en realidad le estaríamos atribuyendo un delito distinto al

(93) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, *op. cit.*, p. 157. *Vid.*, sin embargo, MIR PUIG, S., «Adiciones», *op. cit.*, p. 935, quien admite esta posibilidad tanto para los delitos especiales propios, como para los impropios.

(94) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en derecho penal español», *op. cit.*, pp. 471-472.

(95) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 374-375.

que ha cometido; delito del que no olvidemos ha sido el autor inmediato (*no un partícipe*) y que es el de tratos degradantes.

En tercer lugar, porque no se puede convertir una forma de autoría, como es la autoría directa o inmediata (en este caso del delito de trato degradante del art. 173), y que es la conducta realizada por el *extraneus*, en una forma de participación como es la cooperación necesaria.

Y, finalmente, es cierto como decía unos párrafos más atrás que tal propuesta puede romper para algunos la unidad del título de imputación. Sin embargo, si bien es cierto que la unidad del título de imputación es un principio general para la participación, no es tan claro que tal principio de unidad del título de imputación sea extensible también a un supuesto como el que estamos tratando: que es de autoría y no de participación (autoría directa por parte del *extraneus*). Luego, ¿el intento de mantener tal principio (por otra parte, insisto, a mi entender de dudosa aplicación en este caso cuando las conductas implicadas son de autoría directa y de autoría mediata) lo legitima para convertir una autoría directa –la autoría por excelencia– en una forma de participación? (96).

4.2 LA AUTORÍA MEDIATA DEL *EXTRANEUS*

En este supuesto, como no podía ser menos, vuelven a plantearse importantes desacuerdos en la doctrina en orden a la admisibilidad o no de la autoría mediata del *extraneus* cuando el *inraneus* (funcionario público) es el instrumento

Sin embargo, si delimitamos el ámbito del problema en nuestra hipótesis de trabajo en particular que, por otro lado, es en este momento la de los delitos especiales impropios, resulta que una persona que no reúne la cualificación necesaria (se trata de un *extraneus* por no ser funcionario público o autoridad), utiliza como instrumento a un sujeto cualificado para torturar a un tercero.

En este caso se vuelve a reproducir toda la discusión anterior (a la que me remito) acerca de quién es el que efectivamente tiene el

(96) Tal vez la propuesta de considerar al *inraneus* como autor mediato del delito de tortura, y al *extraneus* como cooperador necesario del mismo (en lugar de autor de un delito común del art. 173, como aquí se sostiene), sería menos discutible si se considerara –tal y como sostenían Del Rosal o Antón Oneca– que la autoría mediata era en realidad una forma de participación.

dominio del hecho, si el autor inmediato o el mediato. De todos modos, ahora ya no se trata de un caso de instrumento doloso no cualificado, dado que el instrumento sí que ostenta la condición de funcionario público. Entiendo que no es éste un supuesto de idoneidad o de inidoneidad del instrumento para ser autor y, por lo tanto, de falta de concurrencia de algunos de los elementos requeridos por el tipo.

Por razones obvias no voy a reproducir de nuevo el debate, limitándome en este caso a pronunciarme directamente al respecto. Por lo tanto, a mi juicio, en este caso y siguiendo la misma estructura del caso anterior, el título de imputación atribuible al autor inmediato del delito no ofrece —a mi parecer— ninguna duda, de modo que el *intraneus* en su calidad de funcionario público o autoridad sería autor del delito de tortura (art. 174); mientras que el *extraneus* sería autor mediato de un delito de trato degradante (art. 173).

4.3 LA INDUCCIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS

Lo primero que hay que decir sobre la inducción son, permítanseme, algunas obviedades pero no por ello menos relevantes en este momento. Como es sabido, la inducción es una forma de participación que responde, por lo tanto, a los principios generales de ésta (97). En primer lugar, al principio de *unidad del título de imputación*, lo cual supone que con independencia de la pluralidad de personas que participen en el mismo, todas responderán por el mismo delito, aunque por distintos conceptos (98). La participación es, como dice Muñoz Conde, un concepto de referencia en tanto que supone la existencia de un hecho ajeno, a cuya realización contribuyen los partícipes (99). Y, en segundo lugar, la participación está caracterizada por un segundo principio: el de *accesoriedad*, en virtud del cual la responsabilidad del partícipe (en este caso del inductor) está subordinada al hecho cometido por el principal —por el

(97) Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito, passim*.

(98) Principio de unidad del título de imputación que podríamos considerar mayoritario en nuestra doctrina, pero no unánime. Al respecto, vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito, op. cit.*, p. 146, nota a pie de página núm. 324.

(99) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 488-489.

autor—, con lo cual para hablar de participación, al menos, el hecho deberá ser típico y antijurídico —accesoriedad limitada (100).

Con anterioridad al tratar sobre la autoría mediata ya me he referido a algunas de las diferencias entre la autoría mediata y la inducción, e insistido en que esta última consiste en que el inductor hacer surgir o determina al inducido a cometer un delito, con la particularidad que —a diferencia de la autoría mediata— es el inducido quien decide y quien domina la realización del hecho.

En la inducción, al igual que ocurría en la autoría mediata, los problemas más significativos se dan en los delitos especiales propios, de los cuales no nos ocupamos entonces ni tampoco lo haremos ahora dado que hemos considerado que el delito de tortura es un delito especial impropio. Únicamente apuntar que en el caso del inductor *extraneus* que induce al *intraneus* a cometer el delito especial, algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo (101) que —en virtud del principio de unidad del título de imputación— aplican al partícipe (inductor) *extraneus* la pena que se corresponde con el delito especial propio apreciando la atenuante analógica del artículo 21.6 (102). Al igual que en el supuesto anteriormente estudiado de la autoría mediata, en el caso de la in-

(100) *Vid.*, al respecto, PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999, *passim*; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, *passim*.

(101) *Vid.*, en este caso, MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 499-500, quien aporta referencias jurisprudenciales en el sentido expuesto. Asimismo, *vid.* GÓMEZ RIVERO, M. C., *la inducción a cometer el delito*, *op. cit.*, p. 130, quien recoge la discusión en Alemania sobre el alcance del párrafo 28.1 del StGB, y la posibilidad de atenuación de la pena para los partícipes en quienes no concurren los elementos personales del injusto (en este caso el carácter de funcionario público o autoridad) que fundamentan la responsabilidad del autor.

(102) *Vid.* CÓRDOBA RODA, J., «Notas...», T. II, *op. cit.*, p. 313, nota 4.^a, donde plantea lo que él llama un «caso límite»: «El particular que por engaño consigue de un juez dictar una sentencia injusta, debería ser calificado, a primera vista, de autor mediato de un delito de prevaricación. Tal calificación sería, sin embargo, desacertada: el particular no puede dictar una sentencia injusta, pues a él no le compete la función de emitir resoluciones judiciales. Por el contrario, si este mismo particular hubiese conseguido la sentencia injusta por una acción instigadora practicada sobre el juez, habría llevado a cabo una conducta de participación —de cooperación en acto ajeno— que no requeriría, pues, de la cualidad de autor. En el primer caso el sujeto deberá restar libre de toda pena, en el segundo será castigado según las reglas de la participación».

ducción a un delito especial impropio, se pueden distinguir dos situaciones distintas:

1. Inducción de *extraneus* a *intraneus*. En este caso, y en virtud de la unidad del título de imputación, no habría dificultades para considerar que el inducido (*intraneus*) sería autor de un delito de tortura del artículo 174, mientras que el inductor (*extraneus*) sería partícipe del mismo, y todo ello con independencia de que exista correspondencia con un delito común cuando el trato degradante ocasionado al sujeto pasivo sea grave (art. 173) (103).

2. Inducción de *intraneus* a *extraneus*. Las posiciones en esta hipótesis de inducción de *intraneus* a *extraneus*, como en el caso de la autoría mediata, abarcan un amplio abanico de posibilidades (104). Desde la que entiende que en virtud de la previsión del artículo 176, la solución del problema hay que encontrarla en el tipo omisivo (105), la de autores que se cuestionan la unidad del título de imputación (106), la de quien entiende que la responsabilidad del inductor debe de ser resuelta a través de la autoría mediata (107), a los que, por último, defienden la unidad del título de imputación (108). Partiendo, como es nuestro caso, de que uno de los principios de la participación es la unidad del título de imputación nos vamos a detener en esta última opción, así como en la que propone que la responsabilidad del inductor debe de ser resuelta a través de la autoría mediata.

a) *La solución de la autoría mediata*. Se trata de la propuesta de Mir, quien en este caso se cuestiona en el marco de los delitos especiales impropios cuál es el tratamiento penal que le correspondería al funcionario público, la de partícipe del delito común (del art. 173) o, por el contrario, si se le debería de considerar autor mediato del delito especial (en este caso del 174) y, por lo tanto, castigarlo con la pena más grave.

(103) Expresamente, MESA RODRÍGUEZ, M. J., *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, op. cit., p. 314.

(104) Un detenido estudio de las tres últimas en GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, op. cit., pp. 154 ss.

(105) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*, op. cit., pp. 189 ss. *Vid.*, sin embargo, nuestra posición sobre tal hipótesis en lo ya referido sobre la autoría mediata (*supra* 4.1).

(106) PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito...*, op. cit., p. 396.

(107) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 396-397.

(108) GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción...*, op. cit., pp. 163 ss.

A su juicio la vía debería de ser la del artículo 174 por la tortura efectuada por funcionario público. Argumentando entonces que se trataría de concurso de leyes entre la participación en el delito común y la autoría mediata del delito de funcionario del artículo 174, que en virtud del artículo 8.4 vendría resuelta por la calificación de la pena más grave y que sería, por lo tanto, la de autor mediato de un delito de tortura. El problema, además, estriba en resolver cuál sería la calificación imputable al particular, ¿por la participación en el delito del funcionario, por la pena señalada en el delito común del 173, o cada uno de ellos debe de responder por un tipo diferente? (109).

Se trata de una propuesta no exenta de fundamentadas críticas que hacen referencia a que con esta fórmula se está transformando una conducta que es en realidad una forma de participación en otra de autoría mediata, lo cual —se añade— únicamente sería posible si se considera que los delitos de funcionarios públicos son, en realidad, delitos que consisten en la infracción de un deber sin exigirse que el funcionario tuviera un dominio del hecho (110).

b) *La solución de la unidad del título de imputación.* Como decíamos al inicio la participación en el delito está regida por dos principios fundamentales: por el principio de accesoriedad y por la unidad del título de imputación. En virtud de ello el *extraneus* (el inducido) respondería por el delito común del artículo 173 y el *intraneus* (el inductor) con independencia de su consideración de funcionario público respondería igualmente por el mismo delito. Por lo tanto, el *extraneus* sería autor de un delito de trato degradante del artículo 173, mientras que el funcionario público sería inductor del mismo tipo de trato degradante.

(109) MIR PUIG, *ibidem*; *vid.* igualmente nota a pie de página núm. 37. Se trata de una cuestión que el propio autor deja abierta, aunque siendo partidario de la unidad del título de imputación creo que la última de las opciones sería, según entiendo, la de considerar que el funcionario sería autor mediato del delito de tortura y el particular sería partícipe en el mismo, debiéndose aplicar a éste una atenuante analógica.

(110) DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, *op. cit.*, p. 299. *Vid.*, igualmente, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, *op. cit.*, p. 155, quien sostiene que «en los delitos especiales impropios el autor tiene que infringir su deber específico y además dominar la realización del hecho. Si no lo domina, aunque infrinja su deber, sólo puede ser partícipe». A lo que añadiríamos, y no lo domina porque en realidad no es autor mediato, sino simplemente inductor del mismo.

En definitiva, de acuerdo con Gómez Rivero (111), el hecho cometido por el autor (el delito de trato degradante del art. 173) debe de ser el presupuesto de la responsabilidad del partícipe, por lo que «no hay razón para distinguir allí donde la ley no lo hace entre los elementos típicos que se refieren a la culpabilidad y los que lo hacen al injusto». Y, por lo tanto, la responsabilidad del partícipe ha de ser por el delito que comete el autor.

(111) GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito, op. cit.*, pp. 165-166. *Vid.*, asimismo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice, op. cit.*, pp. 275 ss.

Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad) (*)

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

La invención de los mitos y de las religiones, la construcción de vastos sistemas filosóficos, son el precio que el hombre debe pagar para sobrevivir como animal social sin caer en un puro automatismo.

JACQUES MONOD
(El azar y la necesidad)

SUMARIO: I. Responsabilidad. 1. Dos significados de responsabilidad: a) Responsabilidad como originación del hecho. b) Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica. 2. Relación con términos afines: a) Imputación. b) Culpabilidad. c) Acción. d) Causalidad. 3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica: a) Criterios de utilidad cuantitativos. b) Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios: 1.º Responsabilidad jurídica merecida; 2.º Responsabilidad equitativa. c) Conflictos entre utilidad y justicia distributiva. II. Responsabilidad subjetiva y libertad. 1. Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta. 2. ¿Determinismo?; ¿indeterminismo?; ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsa-

(*) Con algunas modificaciones menores, este artículo se corresponde con el inicialmente publicado en Fernando Pantaleón (ed.), *La Responsabilidad en el Derecho*, número monográfico del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2000), pp. 57-137. Agradezco al Consejo de Redacción del Anuario de la UAM su autorización para la reimpresión.

bilidad subjetiva: *a)* El principio causal; *b)* Determinismo; *c)* Indeterminismo, crítica al libertarismo; *d)* Otras soluciones propuestas: 1.º Poder medio; 2.º Presunción normativa de libertad; 3.º Compatibilismo clásico; 4.º Negación de la libertad como base de la responsabilidad. 2. Hacia una solución ecléctica: *a)* Introducción; *b)* ¿Es la libertad un error de percepción?; *c)* Una teoría empírica de la libertad: 1.º Libertad y perspectiva interna; 2.º Libertad, determinismo y fatalismo; 3.º Libertad y responsabilidad subjetiva.

La finalidad de este trabajo es analizar el concepto de responsabilidad, y en particular la responsabilidad jurídica y su relación con la responsabilidad subjetiva o moral. Está dividido en dos partes relativamente independientes. Objetivos de la *primera* son, en primer lugar, precisar los diferentes significados del término, especialmente en la teoría jurídica, y mostrar su relación con otros términos afines habitualmente utilizados, como imputación, culpabilidad, causalidad o acción; en segundo lugar, delimitar los criterios prácticos y de justicia que sirven para fundamentar la responsabilidad jurídica, entre los que el más importante es la realización del hecho en condiciones que permitan considerar subjetivamente responsable (culpable) al autor, y por ello merecedor de la consecuencia jurídica que se le aplica.

En la *segunda* parte se analiza el concepto de responsabilidad subjetiva y se discute el tradicional problema de su compatibilidad o incompatibilidad con la posible estructura determinada del mundo. La finalidad última de esta parte es ofrecer una explicación de la responsabilidad subjetiva coherente con la explicación científica; compatible con la tradición filosófica que ve al hombre como agente moral; y, principalmente, capaz de servir de presupuesto legitimador de la aplicación de consecuencias jurídicas graves tomando como base criterios de justicia distributiva. En Derecho penal, ello tendría aplicación sobre todo a la hora de brindar una fundamentación material a la culpabilidad y a la pena.

I. RESPONSABILIDAD

1. Dos significados de responsabilidad

Pocos términos son de uso tan frecuente en la teoría del derecho, en las ciencias sociales en general y en el propio lenguaje or-

dinario como el de responsabilidad. Ello se debe, seguramente, a que con él se alude a algo tan básico como la posición del ser humano como *agente* en el mundo que le rodea, que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones. Pero bajo este genérico, y forzosamente vago, criterio aunador son distintos los significados con los que se utiliza en el lenguaje ordinario esta expresión. En un conocido ensayo, Hart ha identificado cuatro (1): responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social (*Role-Responsibility*); responsabilidad como antecedente causal de un hecho (*Causal-Responsibility*); responsabilidad como sometimiento (*Liability-Responsibility*, que puede ser legal o moral); y responsabilidad como capacidad (*Capacity-Responsibility*).

Sin negar valor a esta clasificación, creo que los cuatro usos del término que ha identificado Hart, y otros que se han sugerido (2), pueden ordenarse en torno a dos significados principales, que tienen en común el hecho, situación o acontecimiento básico por el que se responde, y que apuntan a dos cuestiones en principio distintas, pero estrechamente conectadas. El primer grupo de significado mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta en-

(1) «Responsibility and Retribution», «Postscript» a *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1970), pp. 210 ss.

(2) Por ejemplo, Alf Ross ha distinguido entre «responsabilidad de rendir cuentas», que en el lenguaje ordinario se asocia a la expresión «tener la responsabilidad sobre», y «responsabilidad de condena», que traduce la usual expresión «ser responsable de», aunque esta última también se emplea en el otro sentido —*Colpa, responsabilità e pena* (Milán: Giuffrè, 1972), (traducción de Birgit Bendixen y Pier Luigi Lucchini del original en danés, *Skyld, ansvar og straf*, Copenhague: Berlingske Forlag, 1970), pp. 34 ss.—. Aunque en principio podría tratarse de una distinción próxima a la clásica entre responsabilidad prospectiva —en la línea de la *Role-Responsibility* de Hart— y retrospectiva —similar a la *Liability-responsibility*—, la forma en la que Ross desarrolla la distinción la hace poco clara. Así, la relaciona con distinciones procesales —ser justamente acusado frente a ser justamente condenado (p. 34)— y materiales —referirse a los presupuestos objetivos de la condena o a los subjetivos (p. 35)—, distinciones que ni concuerdan necesariamente entre ellas, ni con la de responsabilidad prospectiva y retrospectiva, a la que parece aludir la denominación utilizada. Sobre esta última distinción, por ejemplo, A. HELLER —*Ética general* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995; traducción de Ángel Rivero Rodríguez del original en inglés, *General Ethics*), pp. 91 ss.—, que apunta que es «tan vieja y se da tan por sentado que con frecuencia ha esquivado el examen», cit., p. 93).

contrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean «responsables» de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben «responder» de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho. Para evitar posibles equívocos, utilizaré ocasionalmente la expresión «responsabilidad₁» para el primer grupo y «responsabilidad₂» para el segundo.

La distinción de estos dos planos no es habitual en los análisis sobre la responsabilidad. Más bien es frecuente que ambas cuestiones se traten conjunta e indiferenciadamente. Ello se debe seguramente a la existencia de un indudable puente de conexión entre los dos significados. El primer y más importante criterio para responder de un hecho es ser el responsable de él. En este caso coincidirían los sujetos de la imputación de cada uno de los juicios, lo que seguramente explica que hayan acabado compartiendo un mismo término. Pero la conexión de ambos significados es contingente. Ser responsable no es condición suficiente ni necesaria para responder de un hecho. Ello se ve especialmente bien en el derecho, donde la responsabilidad jurídica puede ser por completo independiente de la responsabilidad subjetiva, pero no en la filosofía moral, donde van entrelazadas. La independencia de los dos significados aconseja entonces examinarlos inicialmente por separado.

a) *Responsabilidad como originación del hecho*

El primer significado alude a la conexión entre el hecho y otros hechos antecedentes que guardan con aquél una relación que podríamos denominar *genética*. «Relación causal» podría ser también una expresión para describir este vínculo entre acontecimientos, si no fuera porque hoy mayoritariamente esta expresión se utiliza sólo para una subclase dentro de lo que aquí denomino conexión genética.

En este primer sentido, cuando preguntamos quién o qué es responsable de un hecho queremos identificar otros hechos antecedentes que de alguna forma expliquen la existencia de aquél. Por ello, otra posible denominación para este vínculo es la de conexión *explicativa*. Habitualmente los antecedentes a los que se ancla la responsabilidad son comportamientos humanos, y dentro de ellos los que reúnen ciertas condiciones que permiten una imputación subjetiva, pero es cierto que en el lenguaje ordinario también se

aplica en ocasiones el término a cualquier antecedente causal del hecho, sean comportamientos humanos involuntarios o incluso meros hechos naturales –por ejemplo, cuando se afirma que el «responsable» del fallecimiento de A fue el cáncer que padecía.

Por ello, en este primer grupo de significado, y atendiendo al tipo de vínculo que se establezca entre los antecedentes y el hecho, pueden a su vez distinguirse varios usos conexos pero parcialmente diferentes de la expresión responsabilidad. Los dos más habituales serían, por un lado la conexión meramente causal entre el hecho y sus antecedentes (responsabilidad como causalidad, lo que en el esquema de Hart coincide con la *Causal-Responsibility*); por otro la conexión subjetiva o conexión a la culpabilidad, característica de la a su vez denominada responsabilidad subjetiva o responsabilidad moral. Estas dos conexiones representan de alguna manera los dos extremos del campo semántico de la responsabilidad por originación, pero son concebibles a su vez otros niveles intermedios que requieran algo más que la mera conexión de causalidad, pero algo menos que la de culpabilidad. Ello se percibe de manera especialmente nítida al examinar algunos de estos niveles que han aparecido en la evolución histórica de la teoría del delito en Derecho penal.

Simplificando, aunque al final la responsabilidad penal es siempre responsabilidad culpable (al menos en los sistemas que siguen la tradición de la doctrina germánica), es tradicional distinguir dentro de los presupuestos de la responsabilidad entre aquellos que definen la antijuridicidad de la acción y los que afectan a la culpabilidad (3). El reparto de elementos en ambas categorías refleja, entre otras cosas, el reconocimiento de diferentes niveles de imputación del hecho a acciones causantes. Tradicionalmente, en la teoría causal, dominante a comienzos del siglo xx, la antijuridicidad se centraba en la nuda causalidad y la culpabilidad en la imputación subjetiva. Sin embargo, ya desde el principio se pusieron de relieve las dificultades de mantener para la imputación un concepto científico de causalidad y muchos autores aceptaron un concepto jurídico, como el propuesto por la teoría de la adecuación. Como más adelante se demostraría, ello no hacía más que fundir dos niveles de imputación, el de la pura causalidad y el de la después denominada imputación objetiva. Un nuevo nivel de imputación surge con la teoría finalista al desplazar desde la culpabilidad al tipo de injusto el

(3) Prescindo de las particularidades que introduce en este esquema la tipicidad.

dolo y la imprudencia, que pasan a constituir el denominado tipo subjetivo. Por último, la evolución más reciente muestra un renovado interés por el tipo objetivo (sin que ello signifique abandonar la construcción del tipo subjetivo propuesta por el finalismo), en el que se reconocen explícitamente los dos niveles de imputación latentes en la teoría de la adecuación, la causalidad, entendida en un sentido naturalista, y la imputación objetiva, con un contenido marcadamente jurídico centrado en la peligrosidad *ex ante* de la acción (4).

Esto significa que son hoy muchos los autores que reconocen al menos cuatro niveles, jerárquicamente ordenados (los posteriores se construyen *añadiendo* un elemento nuevo a los precedentes, y, por ello, los engloban), de vinculación entre el acto humano y el resultado que se le quiere imputar: en primer lugar la causalidad de la acción humana, entendida en un sentido exclusivamente científico como vinculación conforme a leyes naturales; en segundo lugar la imputación objetiva, como vínculo normativo en el que se atiende a si el resultado es, además de causado, la concreción del peligro jurídicamente desaprobado que encierra la acción o si ésta es la frustración de una expectativa social fijada en un rol; en tercer lugar, al menos en el delito doloso (5), el hecho objetivamente imputable debe ser además efecto del dolo (natural, referido al hecho, pero no

(4) Pero incluso el esquema puede hacerse más complicado si se repara en que, por ejemplo, en el primer nivel puede distinguirse la mera causalidad de cualquier tipo de acontecimiento y la causalidad de las acciones humanas, y en el segundo, en la imputación objetiva, caben a su vez diversos subniveles según como se fijen las bases del juicio de peligro: por los conocimientos públicos de toda la humanidad; por los de un hombre medio del círculo del autor; por los del hombre medio complementados con los superiores del autor; por los del propio autor, etc.

(5) En la imprudencia la solución doctrinal resulta inconsecuente porque el elemento que se desplaza desde la culpabilidad al injusto es la infracción del deber objetivo de cuidado, que en realidad no es otra cosa que el análisis de la peligrosidad de la acción tal y como lo realiza la teoría de la imputación objetiva, con lo cual en el tipo imprudente, según la doctrina penal mayoritaria, no habría realmente tipo subjetivo. En este caso los niveles de imputación serían sólo tres: causalidad de la acción; imputación objetiva/infracción del deber objetivo de cuidado; y culpabilidad. Esta insatisfactoria situación pretende ser modificada por quienes reclaman la presencia de un tipo subjetivo o quienes entienden que el tipo imprudente entraña la infracción del deber *subjetivo* de cuidado. Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: JMBosch, 2001), pp. 471 ss. y 712 ss.

al conocimiento de la antijuridicidad) del autor que se erige en elemento central del tipo subjetivo; por último, al vínculo de tipicidad objetivo-subjetiva se suman el resto de los elementos de la imputación subjetiva examinados en la culpabilidad, lo que permite afirmar la presencia de un vínculo de imputación completo. En una imagen gráfica, los niveles inferiores de imputación serían algo así como las sucesivas capas de la cebolla, que representaría la imputación subjetiva completa. Aunque para la responsabilidad penal son todos necesarios, la distinción no sólo cumpliría una función analítica, sino práctica. La separación de antijuridicidad y culpabilidad, por ejemplo, se ha vinculado siempre al correcto tratamiento de cuestiones como la participación, la posibilidad de defenderse legítimamente, la aplicación de medidas de seguridad o la propia responsabilidad civil (6), y actualmente comienza a haber voces que apuntan en la línea de vincular efectos distintos a hechos causales pero atípicos según lo sean por falta de imputación subjetiva u objetiva (7).

Este breve examen de la teoría penal muestra que efectivamente son diversos los niveles en los que puede fijarse la vinculación entre una acción y un resultado, y los juristas han recurrido a muchos de ellos. Ello pone de relieve que la responsabilidad jurídica puede ser más o menos exigente en los criterios de imputación a los que liga sus consecuencias. Puede ser el hecho plenamente culpable, pero también el doloso, o el que permita la imputación objetiva, o simplemente el causal. Es más, ni siquiera es necesario que exista un vínculo de originación entre el hecho lesivo y la actuación de la persona que ha de responder, como muestra la existencia de responsabilidad objetiva no causal. Pero todavía no nos interesa la responsabilidad en el segundo sentido —como responsabilidad jurídica—, sino en el primero —como responsabilidad como originación—. Aquella que permitiría afirmar que alguien es el responsable de que el hecho lesivo haya acaecido y no meramente la persona que debe hacerse cargo de sus consecuencias perjudiciales. Y la cuestión central en este punto es cuál o cuáles de los niveles de «originación» que hemos examinado (si es que alguno) encajan en este primer significado de responsabilidad.

(6) Más dudoso es que efectivamente esta distinción pueda cumplir las funciones que se le asignan en estos campos.

(7) Por ejemplo en el ámbito de las acciones defensivas, en la línea propuesta por BALDÓ LAVILLA —*Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»* (Barcelona: JMBosch, 1994).

La respuesta que me parece más plausible, y que iré desarrollando a lo largo del trabajo, es la siguiente. Por un lado, creo que hay razones decisivas para excluir todos los niveles menos el último, la denominada responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sólo en este caso podría tener sentido decir de alguien que es responsable de que algo haya acaecido. Por otro lado, hay razones, aunque de otro orden, para excluir también en este último caso la idea de responsabilidad por originación si ésta se entiende en uno de los sentidos más usuales del término, como responsabilidad basada en la capacidad de actuar de manera distinta, idea que enlaza con la vieja polémica acerca de la libertad de voluntad como fundamento de la responsabilidad (cuestión que trato en la segunda parte del trabajo). Ello, inicialmente, parece apuntar a un vaciamiento de contenido de la responsabilidad subjetiva, que quedaría despojada de algunos de los elementos que la han convertido en un concepto central de la filosofía moral. Pese a ello, creo que es posible encontrar un sentido (aunque parcialmente restringido) a este concepto que permita mantenerlo no sólo como un criterio más de imputación de consecuencias, sino como uno especial, y que sirva para enlazar con la larga tradición filosófica y jurídica que se encuentra tras el concepto de responsabilidad moral o culpable. La conclusión en este caso sería mantener los dos significados de responsabilidad, aludiendo el primero a la responsabilidad o imputación subjetiva, ligada a la libertad, y el segundo a la responsabilidad jurídica, entendida como imposición de consecuencias lesivas si se cumplen ciertos presupuestos, entre los que el más destacado sería la existencia de responsabilidad subjetiva, pero también otros presupuestos objetivos como la mera causalidad, la imputación basada en riesgos evaluados con criterios generales, etc., todos ellos ordenados en torno a la idea de una justa distribución de cargas y beneficios.

b) *Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica*

En este segundo sentido la responsabilidad mira al futuro y no al pasado del hecho. No apunta a las circunstancias que lo originaron, sino a las consecuencias que de él se deducen. Responsable es la persona que tiene que hacerse cargo de los efectos perjudiciales del hecho; quien responde de él.

Éste es el significado más habitual del término en la ciencia jurídica, y el objeto inicial de interés en este trabajo, en el que se trata de delimitar las circunstancias que permiten justificar la imposición de responsabilidad jurídica. Cuando decimos en Derecho que alguien es responsable civil, penal, etc., de un hecho lesivo queremos indicar que, como reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para él, como sufrir una pena o reparar el daño, por citar las más habituales.

Este es un concepto que se utiliza habitualmente también en otros ámbitos no jurídicos. Cuando se habla de responsabilidad política se alude generalmente a la circunstancia de que alguien debe cargar con las consecuencias de una decisión política errónea, normalmente dimitiendo de su cargo. También en ocasiones se habla de responsabilidad moral en este sentido para referirse a las obligaciones morales que surgen de la existencia de un hecho. Seguramente por ello, dentro del concepto de *Liability-Responsibility* Hart distingue la jurídica de la moral. Lo que sucede es que, como el propio Hart reconoce, si en el ámbito jurídico este sentido de responsabilidad puede ser independiente de la responsabilidad subjetiva (8), en el caso de la moral esta escisión no parece posible, porque la responsabilidad moral es siempre y sólo la del sujeto responsable (9).

Generalmente en este contexto el término responsabilidad se utiliza sólo para aludir a consecuencias que el sujeto sufre, no a las que disfruta, pero probablemente esto no es más que un hábito del lenguaje motivado por la predominancia de consecuencias negativas. Ello no sucede, o al menos no de manera tan acusada, en el otro significado de responsabilidad como originación, en el que no es infrecuente aludir al autor de una obra o un hecho valioso como su responsable. Pero cuando se trata de la atribución de ciertas consecuencias ante un hecho o situación sólo se habla de responsabilidad cuando el hecho es malo y las consecuencias onerosas para el que las sufre.

Escasa trascendencia tiene el determinar si éste es el significado original del término responsabilidad o si es una derivación histórica del de responsabilidad subjetiva. Es probable que fuera el sentido originario. Responsabilidad procede etimológicamente de

(8) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 222 ss.

(9) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 226 y s.

responder. Alude a la persona que debe responder o hacerse cargo de algo. Un indicio puede ser que las dos definiciones que contempla el Diccionario de la Real Academia se encuentran en esta línea (10).

Más importante es la razón por la cual, pese a su distinto contenido, ambos conceptos han terminado por reunirse bajo un mismo vocablo. Aunque nuestro objeto de atención inmediato es la responsabilidad jurídica, y más en concreto la delimitación de los criterios que justifican la imposición de consecuencias gravosas, nos interesa también la responsabilidad como originación precisamente porque su concurrencia parece constituir el primero y más importante de estos criterios. Generalmente la imposición de responsabilidad jurídica se vincula a la presencia de algún tipo de responsabilidad en la originación, ya sea la mera causalidad, la plena responsabilidad subjetiva o cualquier estadio intermedio entre ambas. La persona a la que se atribuye la producción del hecho, especialmente si lo hace de manera plenamente imputable, es también la que debe hacerse cargo de sus consecuencias lesivas. Es la responsabilidad la que brinda, al menos aparentemente, el criterio legitimador fundamental de la responsabilidad jurídica. Al ser la persona responsable de sus actos, debe también sufrir las consecuencias negativas que lleven aparejados.

Si esta conexión fuera constante, como lo es por ejemplo en Derecho penal (11), seguramente no haría falta distinguir los dos significados del término, pero esto no es siempre así y por eso es importante examinarlos por separado. Si además aceptamos que sólo la plena imputación subjetiva permite una genuina

(10) Las dos hacen referencia a las cargas –jurídicas o morales respectivamente– que se derivan de un hecho disvalioso: 1. «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal». 2. «Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado». Pero las referencias en la definición primera al delito y en la segunda al yerro apuntan a la conexión habitual entre los dos sentidos de responsabilidad.

(11) Aunque esta idea básica no siempre es mantenida hasta sus últimas consecuencias, como demuestra la punición de la denominada imprudencia inconsciente o la desmesurada importancia que se atribuye a la intención del autor en el dolo de primer grado. Una agresión más radical se produce en las teorías que precinden de la culpabilidad o la normativizan hasta el extremo de mantenerla únicamente como expresión de las necesidades de la responsabilidad jurídica (las necesidades preventivas de imposición de una sanción). De ello trataré en la segunda parte del trabajo.

atribución de responsabilidad, aun resulta más perentoria la distinción.

2. Relación con términos afines

El término responsabilidad, en sus dos significados principales, guarda conexión con otros términos afines, como *imputación*, *culpabilidad*, *acción* o *causalidad*. Todos ellos tienen un campo semántico amplio. Algunos de sus significados coinciden entre sí y con el de responsabilidad.

a) *Imputación*

«Imputación» es seguramente el término que guarda mayores afinidades con responsabilidad. No es extraño que desde el comienzo de la ciencia penal, y hoy de manera especialmente destacada, se haya utilizado profusamente esta expresión al fijar los elementos del delito. En otras ramas del Derecho es también una expresión habitual.

Con carácter general se utiliza en dos contextos distintos, bien en el ámbito mercantil, [posiblemente el primero en el que surge (12)], donde equivale a «señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta» (13), bien en el ámbito moral o jurídico, donde se utiliza con diferentes matices, siendo el principal el que alude a la relación de atribución de un hecho a una persona. El elemento semántico común, que explica la denominación compartida, parece ser el establecimiento de una relación de asignación o atribución entre dos entidades, sea una cantidad que se asigna a un determinado fin mercantil, sea un hecho que se asigna a una persona.

(12) FEUERBACH consideraba, siguiendo a Thomasius, que el concepto original de imputación era un concepto físico (asignar en un sentido contable) y sólo más adelante adquirió por analogía un contenido moral de atribución del hecho a un sujeto –*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Vol. I (Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799; hay reimpresión facsímil, Scientia Verlag, Aalen, 1966), pp. 151-152–. También GRÜNHUT –*Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung. Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*. Vol. III (Hamburg: W. Gente, 1922; hay reproducción facsímil, Aalen: Scientia Verlag, 1978), p. 74.

(13) Ésta es la definición primera del Diccionario de la Real Academia.

En la filosofía moral y en la teoría jurídica se ha utilizado y todavía se utiliza con diferentes significados que coinciden parcialmente con los de responsabilidad. El significado nuclear en este ámbito es el de imputación moral o imputación subjetiva que se corresponde con el primer concepto de responsabilidad examinado, responsabilidad como originación, y en particular con la originación voluntaria o libre del hecho, esto es, con la habitualmente denominada responsabilidad moral o subjetiva. Como concepto moral, la imputación no se limita a determinar una relación causal cualquiera entre un hecho y un sujeto (a lo que generalmente se aludía con la expresión *imputatio physica*), sino una relación específicamente moral: la relación entre el hecho y la persona entendida como su *causa libre*. Este concepto es el clásico de los autores del Derecho natural –Pufendorf, Wolff, Daries, etc. (14)–, que acoge Kant (15), y también Feuerbach, y a la vez la noción que adquiere relevancia

(14) Un extenso examen de la evolución histórica de la teoría de la imputación desde Aristóteles hasta la actualidad puede verse en HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts* (Hamburgo: Cram de Gruyter & C.º, 1957). Analiza la evolución desde Pufendorf hasta Feuerbach GRÜNHUT –*op. cit.*, pp. 74 ss.–. Especialmente sobre la imputación en los autores del derecho natural, HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW* 96 (1984), pp. 661 ss.; «Imputation», en Eser, A./Fletcher, G. P. (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, Vol. I, pp. 121-174 (Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987 –publicado inicialmente en la *Brigham Young University Law Review*, 1986–), pp. 123 ss.; Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed. (Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965), pp. 157 ss. y 169 ss. Son muy numerosos los estudios sobre la imputación en la escuela hegeliana; pueden destacarse el clásico trabajo de LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»* (Leipzig, 1927 –reimpresión facsimil: Aalen: Scientia Verlag, 1970–) y el de BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule* (Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1966) especialmente pp. 36 ss.

(15) *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, p. XXIX. La conocida definición de imputación de Kant reza: «La imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces es denominada hecho (*factum*) y está sometido a las leyes» [«Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann That (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird»].

en Derecho penal en la teoría de la acción y especialmente de la culpabilidad (16).

Tradicionalmente se denominó a esta imputación «*imputatio moralis*», que se contraponía a la «*imputatio physica*», basada exclusivamente en la causación (17). Aunque no siempre se utilizaron estas expresiones con idéntico significado (18), podemos tomar como referencia la distinción de Feuerbach, inspirada en la clásica de Daries. La *imputatio physica* se correspondería con un sentido amplio del término, en el que se atiende a si el sujeto ha sido la causa material de un acontecimiento (19). Coincide, por tanto, con la responsabilidad por causación (la *Causal-Responsibility* de la clasificación de Hart). Pero, aun reconociendo este significado amplio de imputación, generalmente se entendía que no era el principal. Feuerbach lo expresaba de la siguiente manera:

hay un sentido más restringido y auténtico del término, y en éste imputación significa aquel juicio por medio del cual se pone de manifiesto que un sujeto es la causa libre de un hecho. [...] En este sentido puede perfectamente decirse «yo he realizado la acción pero no

(16) La referencia a la imputación en la teoría penal de finales del siglo XVIII y en todo el siglo XIX es constante en todos los autores al tratar de los elementos subjetivos del delito. *Vid.* autores y obras citadas en la nota 14. En España el recurso a la imputación es especialmente notable en SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte primera, 2.^a ed. (Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1903), cap. XXXII, pp. 104 ss.

(17) Acerca de los antecedentes de las expresiones «*imputatio physica*» y «*moralis*», no hay acuerdo. HRUSCHKA, que se ha ocupado del tema, reconoce no haber podido establecer su procedencia aunque estima como más probable la obra de Christian WOLFF [aparecen ya en la *Philosophia Practica Universalis* de Wolff de 1738 (§ 642)], o algún autor de su escuela –*Strukturen der Zurechnung* (Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 1976), p. 35 nota 25.

(18) Referencias sobre significados alternativos pueden verse en FEUERBACH, *Revision*, Vol. 1 (como en nota 12), p. 153, nota.

(19) Según DARIES, «In *physica imputatione* non quaeritur, an existentia ejus, quod obveniens est, ad *alicujus voluntatem* possit referri, sed an quis ejusmodi existentiae sit causa» –*Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, Vol. II, obs. XLII § 17 (cito por FEUERBACH, *Revision*, 1 (como en nota 14), pp. 153-154–]. También TITTMAN aceptaba este concepto de imputación física –*Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Theil: Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts, I* (Halle: Hemmerde und Schwetschke, 1806; reimpresión facsímil, Keip Verlag, Frankfurt a. Main, 1986), pp. 219 ss.

puede imputárseme». La he realizado, en cuanto soy una causa externa de ella; pero no se me puede imputar en la medida en que no soy una causa interna, absoluta, de ella. La imputación en sentido amplio se denomina imputación física (*imputatio physica*); la imputación en sentido estricto se denomina imputación moral (*imputatio moralis*) (20).

En el Derecho penal moderno aparece el término imputación con renovada fuerza a través de la teoría de la imputación objetiva. Se trata también de un concepto ligado al de responsabilidad como originación, sólo que en este caso la imputación requiere algo más que la mera causalidad (imputación física), y algo menos que la imputación moral o subjetiva. Frente a la teoría clásica que examinaba en los tipos de resultado la causalidad, en un sentido puramente objetivo, y luego imputaba el hecho subjetivamente a su autor en la culpabilidad, la teoría de la imputación objetiva trata de enriquecer el contenido objetivo del hecho con elementos normativos. Conforme a esta teoría, la imputación de un resultado lesivo a una acción no requiere sólo su causación, sino además que cree un riesgo jurídicamente desaprobado —que exceda el riesgo permitido—, y que se traduzca en el resultado típico (21). En algunas de sus formulaciones más conocidas guarda una estrecha conexión con la *Role-Responsibility* de Hart (22).

El término imputación se emplea también en ocasiones en un sentido similar al segundo significado de responsabilidad, lo que muestra hasta qué punto hay una conexión entre ambos. En este sentido se habla de imputación al autor de las consecuencias jurídicas: se le imputa la pena, la reparación del daño, etc. Además se

(20) *Revision*, 1, pp. 152-153. La correspondiente definición de DARES es: «In imputatione vero *moralis* non quaeritur, an quis sit ejus, quod abveniens est causa, sed an existens ejus, quod abveniens est, ad alicujus voluntatem possit referri» —*Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, Vol. II, obs. XLII § 17 [cito por FEUERBACH, *Revision*, 1 (como en nota 12), pp. 153-154].

(21) Entre la abundantísima literatura a que ha dado lugar la teoría de la imputación objetiva, v. por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado* (Madrid: Edersa, 1992); REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994); FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (Madrid: Colex, 1995).

(22) Así, en la obra de JAKOBS; por ejemplo, *La imputación objetiva en Derecho penal* [Madrid: Civitas, 1996 (traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y un Estudio Preliminar de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá)].

trata de un concepto más neutro que el de responsabilidad, de manera que si éste se utiliza sólo cuando las consecuencias jurídicas son onerosas, aquél puede también aplicarse cuando son beneficiosas. De quien sufre la pena se dice que responde penalmente, pero de quien recibe un premio no se dice que responde de él, aunque nada impide afirmar que se le imputa el premio.

b) *Culpabilidad*

También el término «culpabilidad» guarda estrecha relación con los de responsabilidad e imputación. En particular, se utiliza con un significado próximo al de responsabilidad subjetiva (moral). El matiz diferencial entre ambos es que la culpabilidad sólo se aplica en caso de que el hecho que se impute sea malo, lo que desde luego no sucede con la expresión imputación subjetiva, pero tampoco siempre, aunque sea lo más habitual, con responsabilidad subjetiva. Ello explica que la atribución de culpabilidad tenga un matiz de reproche, moral o jurídico, que no siempre se da en los otros términos.

En la moderna teoría del delito el término culpabilidad tiene un contenido más estrecho que los de imputación o responsabilidad subjetiva. El desplazamiento que hace la doctrina mayoritaria del dolo y la imprudencia al juicio de antijuridicidad reduce el campo de la culpabilidad (23), que ya sólo se refiere a ciertos aspectos de la imputación subjetiva –en concreto a la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la ausencia de causas de inexigibilidad–. Pese a ello, todavía es frecuente englobar todos los presupuestos de la imputación subjetiva bajo el rótulo genérico de «principio de culpabilidad» en sentido amplio (24), y además una

(23) No así en quienes siguen manteniendo que dolo y culpa forman parte, y como elemento nuclear, de la culpabilidad. En estos casos suele equipararse principio de culpabilidad y principio de imputación subjetiva. V., por ejemplo, en este sentido, CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 210 ss.

(24) En realidad, entre quienes aceptan la inclusión del dolo y la imprudencia dentro del tipo subjetivo no hay pleno acuerdo en la terminología cuando se trata de referirse al denominado «principio de culpabilidad». Algunos autores, como MIR PUIG –*Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed. (Barcelona: PPU, 1998, pp. 95 ss.–, distinguen entre principio de culpabilidad en sentido estricto, también denominado de imputación personal, y principio de culpabilidad en sentido am-

importante, aunque minoritaria, corriente doctrinal sigue reservando la categoría culpabilidad para la imputación subjetiva completa. En este trabajo utilizaré normalmente los términos como sinónimos: culpabilidad como responsabilidad subjetiva referida a hechos lesivos.

c) *Acción*

El término «acción» puede utilizarse también para referirse al hecho responsable o subjetivamente imputable (y por ello también culpable: el hecho desvalorado sólo sería acción si es culpablemente cometido). En esta acepción restringida la acción de una persona abarcaría sólo aquellos hechos o parcelas de la realidad que pueden serle personalmente imputados. Éste era el concepto de Hegel, para el que la acción alude a la realización exterior de la voluntad del sujeto (coincidencia del aspecto interno —la voluntad libre— y el externo —las consecuencias en el mundo exterior—) (25). Sólo aquellos aspectos de la realidad que son abarcados por la voluntad consciente del sujeto pueden imputársele como su acción (26). La principal ventaja de este concepto, que también se ha manejado en la moderna discusión filosófica sobre la libertad de acción como base de la responsabilidad subjetiva, es que desde un principio separa lo que son meros acontecimientos naturales (en los que eventualmente también puede aparecer implicada una persona) y acciones humanas que permiten una imputación subjetiva (27).

No es éste, sin embargo, el significado más habitual en derecho, sino otro más restringido que sólo abarca ciertos aspectos de la imputación subjetiva. En Derecho penal, por ejemplo, aunque se discute vivamente qué es una acción, prácticamente todo el mundo está de acuerdo en su delimitación negativa, en las causas que la excluyen —fuerza irresistible; movimientos reflejos; y situaciones de

plio; otros, como LUZÓN, distinguen entre principio de imputación subjetiva y principio de culpabilidad —«Principio de responsabilidad subjetiva», voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV (Madrid: Civitas, 1995), p. 5088.

(25) *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) (edición a cargo de Johannes Hofmeister, 4.ª ed., 1955), §§ 113 ss. En general, sobre la acción en Hegel y sus discípulos v. las obras citadas en la nota 14.

(26) *Grundlinien*, § 117 (como en nota 25).

(27) V., por ejemplo, O'CONNOR, *Free Will* (Londres/Basingtoke: Macmillan Press, 1977), pp. 3 ss.

inconsciencia—, lo que hace pensar que también hay más acuerdo del que se pretende en su delimitación positiva, que viene a coincidir con la realización voluntaria de un movimiento o inactividad corporal con efectos causales. El resto de elementos subjetivos necesarios para una plena imputación se examinan posteriormente en la antijuridicidad o, principalmente, en la culpabilidad. Sin embargo, ocasionalmente se ha defendido también un concepto de acción enriquecido que abarca hasta la culpabilidad, en la línea hegeliana (28).

d) *Causalidad*

Con el término «causalidad» se alude a una determinada vinculación material entre acontecimientos según leyes naturales, que en ocasiones se expresa también mediante los términos responsabilidad o imputación. Ya hemos visto que en la teoría clásica de la imputación se denominaba *imputatio physica* a la conexión causal, y Hart ha puesto de relieve que coloquialmente se utiliza también la palabra «responsable» para identificar a ciertos antecedentes causales de un hecho —como cuando se dice que una larga sequía fue responsable del hambre en la India—, lo que ha denominado *Causal-Responsibility* (29). En todo caso, como ya había destacado Feuerbach, se trata de usos secundarios de estos términos. Pero el concepto científico de causalidad, hoy dominante, no es el único posible. Históricamente también se ha utilizado la expresión para referirse a los antecedentes de un hecho que tienen carácter originario porque proceden de una voluntad libre. En estos casos lo normal es hablar de *causa libera* (30), para distinguirla de la causa que es a su vez causada —*causa causata*—. Así utilizada, la expresión se encuentra en el mismo grupo de significado que responsabilidad/imputación subjetiva o acción, como puede observarse en la definición de imputación de Kant, más arriba recogida (31). Tam-

(28) V. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (Madrid: UAM ediciones/Civitas, 1997), pp. 101 ss. y especialmente 121 ss.

(29) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 214 y s.

(30) Sobre el concepto de causa libre v., por ejemplo, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*. Schriften zum Strafrecht, 78 (Berlín: Duncker & Humblot, 1988), pp. 24 y s.

(31) *Supra* nota 15.

bién en la discusión moderna sobre el libre albedrío se ha acudido ocasionalmente a la imagen de un agente causal originario como prototipo de actuación subjetivamente responsable (32).

Del breve repaso anterior destaca la abundancia de términos cuyo significado principal o secundario está relacionado con la responsabilidad subjetiva o moral, cosa que no sucede con la responsabilidad jurídica. De los examinados, sólo el término imputación, y no en su significado más usual, se utiliza también para aludir a la imposición jurídica de consecuencias lesivas. Ello pone de relieve la extraordinaria importancia del primero, y no sólo en el ámbito del derecho. Desde los comienzos del pensamiento filosófico se convierte en objeto primordial de interés la determinación de lo que haya de singular en la actuación humana, frente a otros acontecimientos naturales. Responsabilidad subjetiva, imputación, culpabilidad o acción, son algunos de los términos que expresan dicha singularidad. Se trata de conceptos básicos que reflejan una determinada visión de nosotros mismos. El ordenamiento jurídico está edificado sobre esta imagen, la de un ser que no es mero espectador de la realidad, sino que la conforma con sus actos libres. Que es responsable de dichos actos, y por ello disfruta de lo bueno que aporten, pero también responde de lo malo.

Pero ni toda consecuencia jurídica que se imponga a alguien como respuesta por un hecho lesivo requiere una previa actuación subjetivamente responsable, ni el propio concepto de responsabilidad subjetiva está exento de problemas; más bien al contrario. Se discute si existe una libertad como la que parece reclamar la responsabilidad subjetiva. La cuestión tiene extraordinaria importancia para la responsabilidad jurídica, para la imposición de consecuencias lesivas, porque su justificación más sólida es precisamente la existencia de responsabilidad subjetiva.

Dos son, entonces, las cuestiones que es necesario abordar. En primer lugar los criterios que permiten justificar la responsabilidad jurídica. En segundo lugar el problema específico de la libertad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva.

(32) V., por ejemplo, CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en GARY WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 24 ss. Como veremos en la segunda parte del trabajo, ésta es una posición frecuente entre los defensores más radicales del libre albedrío (libertarios), que requieren que el curso de antecedentes causales de un hecho imputable termine en el agente.

3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica

Exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines. Para determinar los criterios que permitan fundamentar la responsabilidad puede ser útil situarnos inicialmente en el plano superior de los fines que, en general, cabe asignar a las disposiciones jurídicas.

El derecho sirve a la configuración y mantenimiento de un orden social mediante la protección de realidades valiosas, individuales y supraindividuales, a las que se alude con diferentes expresiones: derechos, intereses, bienes jurídicos, etc. Las normas jurídicas, entre las que se encuentran las que fijan responsabilidades, tratan de evitar en último extremo que se lesionen bienes jurídicos, lo cual puede hacerse básicamente de dos maneras: previniendo el daño o reparándolo. En la prevención se trata de adoptar medidas que eviten que el mal llegue a producirse; en la reparación el daño ya se ha causado, pero pueden evitarse parcial o totalmente sus efectos adversos mediante medidas reparadoras.

Las medidas jurídicas preventivas o reparadoras pueden ser de dos clases: lesivas o no lesivas. Las primeras producen sus efectos benéficos causando a su vez cierto daño. Son, por ello, medidas con efecto dual, a la vez protectoras y lesivas. Las segundas sólo tienen efectos positivos: previenen o reparan males sin causar otros. Un ejemplo de las primeras puede ser la imposición de una pena criminal o la permisión de lesiones causadas en legítima defensa, y un ejemplo de las segundas podrían ser las disposiciones jurídicas que promueven el acceso a la educación y a la cultura. Como regla general puede decirse que sólo las primeras son verdaderamente problemáticas en su justificación, como corresponde a su carácter lesivo, y sólo de ellas vamos a ocuparnos ya que las medidas de responsabilidad jurídica son, en su mayor parte, de este tipo.

Que una medida jurídica sea lesiva significa necesariamente que de uno u otro modo *distribuye o redistribuye males*. Desde la perspectiva del sujeto lesionado (o amenazado de lesión), la distribución puede ser interna o externa. En la *interna* se cambia un mal propio por otro igualmente propio y menos grave. En la mayor parte de los casos es el propio sujeto el que realiza la distribución de su fortuna o desgracia (autodistribución interna). La renuncia a una actividad deseada pero peligrosa para la vida entraña cambiar un daño probable grave –la muerte– por otro seguro leve –renunciar

a lo querido—. La suscripción de seguros de responsabilidad civil tiene esta misma finalidad: se cambia una probable responsabilidad civil grave por el gasto seguro de la prima. En otros casos la distribución, aunque sigue siendo interna, es realizada por un tercero (heterodistribución interna). El médico que amputa la pierna gangrenada de una persona inconsciente cambia un mal gravísimo altamente probable por otro menos grave pero seguro. Normalmente la distribución interna no es problemática ni siquiera cuando la realiza un tercero en beneficio nuestro. Puede serlo y lo es cuando hay discrepancia sobre lo que está en juego y sobre quién decide. Cuando, por ejemplo, se niega al sujeto el derecho a disponer sobre sus propios bienes partiendo de una justificación paternalista o de otro tipo —imposición de transfusiones contra los sentimientos religiosos; prohibición del suicidio; restricción o prohibición de actividades peligrosas para uno mismo; etc.

Las dificultades surgen con toda su fuerza cuando la distribución o redistribución es *externa*: cuando se cambia un mal propio (cierto o probable) por otro ajeno (que admite las mismas variantes). En unos casos la reasignación supone una ventaja neta en la protección global de intereses —se previene un mal grave propio causando uno leve a otro—, pero en otros casos la reasignación será estrictamente eso: trasladar un mismo mal desde un sujeto a otro.

De todas las medidas jurídicas (entendiendo esta expresión en un sentido amplio), que previenen o reparan daños, sólo algunas se encuadran bajo el término responsabilidad. Las medidas que imponen y desarrollan la educación obligatoria, las ayudas a los damnificados por grandes catástrofes, o las normas que regulan el tráfico rodado, por ejemplo, cumplen finalidades preventivas o reparadoras, pero no son medidas de responsabilidad jurídica. La comprobación de los usos habituales en el lenguaje jurídico muestra en este punto una cierta arbitrariedad. No existe un único criterio o perspectiva cuya concurrencia sea a la vez condición necesaria y suficiente para encuadrar un hecho bajo el término responsabilidad jurídica, sino más bien un conjunto de criterios difusos que en ocasiones operan solos y otras combinados. A ello se añaden, además, razones históricas o de proximidad sistemática, que al final convierten el uso de la denominación en parcialmente arbitrario. Hay, sin embargo, ciertos criterios que forman lo que podríamos denominar uso *nuclear* del término: se utiliza preferentemente cuando se imponen consecuencias jurídicas gravosas; cuando hay un cierto desequilibrio en su imposición; y cuando estas consecuencias ope-

ran como reacción frente a un hecho jurídicamente incorrecto que se considera en algún sentido subjetivamente imputable a quien debe responder.

El primer criterio es quizás el más constante. Así como el término imputación, tanto si se refiere a acciones como a consecuencias, se utiliza para el mérito y el demérito —se imputan penas pero también subvenciones—, el término responsabilidad suele reservarse para la imposición al sujeto de consecuencias jurídicas desfavorables (aunque, como ya hemos visto, cuando se trata del otro uso del término, la responsabilidad como originación, también se utiliza para atribuir lo bueno). El segundo criterio suele ser también habitual en la responsabilidad, aunque no siempre. En la mayor parte de los casos la responsabilidad jurídica supone que alguna o algunas personas van a sufrir todo el peso de la consecuencia jurídica. Ello no es así en los casos en los que la carga se difumina, bien por medio de la institución del seguro, sobre todo cuando opera en ámbitos sociales en las que todo el mundo interviene, bien porque el Estado es el responsable. En todo caso, el desequilibrio en la imposición es sin lugar a dudas el factor más problemático a la hora de justificar cualquier responsabilidad jurídica, y por ello merecerá una especial atención. En cuanto al tercer criterio, aunque resulta evidente que se habla de responsabilidad en casos en los que no se da —por ejemplo, en la denominada responsabilidad civil objetiva—, lo cierto es que es el criterio que, estando presente, permite conectar los dos conceptos de responsabilidad: responde jurídicamente del hecho dañoso quien es subjetivamente responsable de él. Además esta conexión es la que, aparentemente, hace menos problemática la responsabilidad jurídica cuando se enfoca desde la perspectiva de la justa distribución de cargas.

El problema de *justificar* las normas que imponen responsabilidad jurídica no es diferente, aunque sí seguramente más agudo, que el de cualquier norma que restrinja o anule derechos. La responsabilidad jurídica supone que alguien va a sufrir una privación o restricción de derechos por razón de un hecho lesivo previo que trata de repararse o de un hecho futuro que se intenta prevenir. Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de su *utilidad práctica* debe explicarse cómo es que un ordenamiento que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de su *distribución* debe explicarse por qué el efecto bene-

ficioso final que espera obtenerse con la imposición de consecuencias se hace precisamente a costa del responsable jurídico, y no de otros. En la medida en que los ordenamientos jurídicos adoptan ciertos principios morales como la igualdad, la solidaridad o la interdicción de la arbitrariedad como parte de su ideario, ambas cuestiones se pueden condensar en una sola: ¿cómo encaja en un derecho protector de bienes jurídicos la imposición de consecuencias que provocan a su vez efectos lesivos en dichos bienes, tanto por su contenido –por lo que imponen– como, eventualmente, por su distribución –por a quién se imponen–?

En cualquier ordenamiento normativo, una medida lesiva de intereses protegidos sólo puede ser justificada si resulta un medio adecuado para la preservación de intereses que en el caso concreto resultan preponderantes según la vara de medida del propio ordenamiento. Se trata, por tanto, de obtener un resultado valioso a partir de un hecho que aisladamente considerado es un mal, pero que deja de serlo en el contexto justificante en el que se impone.

Nos encontramos aquí ante un problema genérico (y fundamental) de todo ordenamiento jurídico complejo: la fijación de criterios de solución de conflictos en situaciones que no pueden ser resueltas sin daño para alguien. Aunque lo estamos examinando desde la perspectiva de las normas que imponen responsabilidad, se trata de un problema general, una de cuyas manifestaciones más conocidas es la discusión en torno a las denominadas causas de justificación, que permiten (y en ocasiones imponen) realizar acciones u omisiones que en ausencia del contexto justificante estarían prohibidas. Las disposiciones que imponen responsabilidad pueden considerarse en este sentido como causas de justificación específicas que obligan a los órganos de la justicia a imponer a los ciudadanos medidas restrictivas o lesivas de derechos en ciertos contextos justificantes, definidos generalmente por la comisión de un hecho desvalorado, a lo que suele sumarse un criterio de imputación adicional.

En todas estas situaciones la acción lesiva que trata de justificarse –la imposición de una pena, de una reparación civil, o la lesión necesaria para evitar una agresión ilegítima, por ejemplo– es, utilizando la plástica expresión de Baldó (33), una *actio duplex*, que por un lado salvaguarda bienes jurídicos, pero por otro de forma inevitable los lesiona.

(33) *Estado de necesidad y legítima defensa* (como en nota 7), p. 17.

¿Qué regla o reglas de solución pueden proponerse? La respuesta a esta cuestión es, de alguna forma, ambivalente. Por un lado puede afirmarse que sólo hay una regla básica, que es además muy simple en su formulación elemental, pero, por otro lado, su desarrollo singular es altamente complejo, lo que se plasma precisamente en la necesidad de crear infinidad de subreglas de nivel inferior cuya finalidad es sólo precisar la principal.

Cualquier sistema normativo complejo de valoración de acciones, como puede ser un orden jurídico, debe contener disposiciones que determinen los estados de cosas valorados o desvalorados que quieren respectivamente promoverse o evitarse –o, empleando una expresión habitual en la ciencia penal, disposiciones que precisen el valor o desvalor de resultado–, y disposiciones que fijen los criterios para trasladar el valor o desvalor de los estados de cosas a las acciones u omisiones genéticamente conectadas con ellos –disposiciones que precisen el valor o desvalor de las acciones (34)–. Y entre las primeras son necesarias tanto disposiciones que fijen qué se protege, como otras que establezcan la jerarquía respectiva de los intereses protegidos, lo que permitirá precisar qué prevalece en caso de conflicto. Las causas de justificación no son otra cosa que reglas en las que está presente de manera especialmente clara esta función última, pero todo el ordenamiento jurídico puede interpretarse a su vez como un sistema ordenado y complejo de resolución de conflictos entre intereses contrapuestos. Toda norma preceptiva o prohibitiva limita derechos del obligado en beneficio de otros intereses estimados superiores, y requiere una ponderación cuidadosa de lo que está en juego. En las normas que establecen responsabilidad, caracterizadas habitualmente por un desequilibrio claro en la asignación del mal, la necesidad de ponderación se hace especialmente acuciante.

La regla básica de solución es, más que una verdadera regla de ponderación, la plasmación de un *principio elemental de racionalidad* en la solución de conflictos: en situaciones en las que la preservación de ciertos intereses jurídicos dependa de la lesión de otros, el

(34) Conexión que puede ser de diferentes tipos. Un ordenamiento puede medir el desvalor de una acción por los efectos causales que *ex post* provoca o no evita (desvalor de la acción causante de un resultado lesivo); por lo que en el momento de llevarse a cabo resulta previsible, en una valoración *ex ante* objetiva o subjetiva (desvalor del peligro de la acción); por la intención lesiva que anima al autor (desvalor de la intención), etc.

ordenamiento debe inclinarse por aquellos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. Como ha indicado Nino, «si no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería simplemente irracional tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor a la misma cosa, o que fuera inefectiva o innecesaria» (35). En otros términos, si algún mal es inevitable, que sea el menor posible. Ésta es la fórmula común a cualquier causa de justificación y en general a cualquier restricción de derechos jurídicamente impuesta para preservar otros intereses, fórmula que además coincide en lo esencial con la regulación del estado de necesidad en el Código penal (36). También las normas que imponen responsabilidad deben ajustarse a ella. La pena criminal, la sanción administrativa o la reparación civil sólo son justificables si su concurso permite una protección de bienes jurídicos que compense el daño que se inflige con su imposición.

La sencillez de este principio elemental no puede ocultar la complejidad que encierra su aplicación práctica; tanta que la mayor parte de las normas del ordenamiento se dedican a desarrollarlo. El problema surge de las dificultades para ponderar adecuadamente los intereses en juego. Y ello, al menos, por tres razones. En primer lugar por la dificultad de graduar cualitativa y cuantitativamente el valor respectivo de los bienes protegidos; en segundo lugar, por la existencia dentro de una misma sociedad de valoraciones contrapuestas; en tercer lugar, por la complejidad inherente a las relaciones entre bienes y por nuestras limitadas capacidades predictivas, lo que impide captar fácilmente los efectos de las acciones, tanto en una perspectiva sincrónica como diacrónica.

Si todo lo que está en juego en cada conflicto fuera cuantificable en términos numéricos –ideal, por ejemplo, del análisis econó-

(35) *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980), cit., p. 210.

(36) Por eso puede estimarse adecuada la extendida pero a la vez controvertida opinión que ve en el principio del interés preponderante, expresado en la regla justificatoria del estado de necesidad, el elemento común a cualquier causa de justificación. Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario I (2000), pp. 199 ss. Reconoce que la regla genérica de solución de conflictos se corresponde con la del estado de necesidad, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 210.

mico del derecho—, la justificación de cualquier medida restrictiva de derechos sería sencilla, pero no siendo así, la ponderación resulta un proceso arduo, lastrado por el alto número de variables que deben ser tenidas en cuenta y por la limitación de contar sólo con un conocimiento parcial de la realidad. Las distintas disposiciones del ordenamiento, desde las más generales declaraciones de derechos de la Constitución hasta la última disposición municipal, reflejan compromisos, más o menos acertados, entre intereses en conflicto. Las normas que imponen responsabilidad jurídica también lo hacen, y en la medida en que su aplicación es especialmente lesiva, sobre todo en el caso de la responsabilidad penal, sus exigencias de justificación son mayores

Con este punto de partida común, a efectos de análisis conviene distinguir entre criterios de utilidad *cuantitativos*, que permiten una mayor protección en el conjunto de los bienes jurídicos, y criterios *distributivos*, que permiten una mejor asignación. Naturalmente esta distinción sólo es válida en la medida en que la distribución sea un valor a ponderar en el conflicto por que se reconozcan derechos individuales que puedan entrar en colisión con intereses generales.

a) *Criterios de utilidad cuantitativos*

Desde esta perspectiva, la imposición de responsabilidad jurídica puede justificarse cuando su concurso provoque una mayor protección de bienes jurídicos (excluidos los que aluden a la justa distribución). Ello sólo puede darse en dos tipos de situaciones: cuando una medida lesiva previene la causación de un daño superior o cuando reduce o hace desaparecer un daño previo ya ocasionado. Quedarían al margen de este primer apartado los casos de mera reasignación de un daño a otra persona, sin mejora global.

El ideal a este respecto es alcanzar una intervención de máxima eficacia conforme al criterio de menor lesividad, esto es, intervenir con los medios y en el momento menos lesivo. La complejidad de las relaciones sociales y nuestra capacidad limitada de predecir los efectos de nuestras acciones hacen que el objetivo ideal sea sólo un horizonte al que aspirar. Sólo caben aproximaciones más o menos certeras. Algunas plasmaciones concretas del principio de menor lesividad, por lo demás lo suficientemente conocidas y evidentes como para requerir justificación especial, son las siguientes: dar

prioridad a las medidas preventivas sobre las reparadoras; impedir que las situaciones de peligro lleguen a originarse, lo que entraña preferir medidas que aumenten la eficiencia social –educación, organización, cooperación, etc.– sobre las paliativas de un sistema ineficiente –represión, reparación, sanción, etc.–; atribuir valor lesivo a la propia intervención jurídica, que tiene costes procesales y que genera frecuentemente desigualdades en la aplicación (no es imparcial) (37); etc. La responsabilidad jurídica debe ser, entonces, subsidiaria de otras medidas menos lesivas, y dentro de ella las intromisiones más graves, como la responsabilidad penal, subsidiaria de las más leves, como la administrativa o civil.

No es posible ni necesario entrar aquí en el análisis de si las distintas modalidades de responsabilidad jurídica satisfacen el criterio material de menor lesividad arriba expuesto. *Grosso modo* podría decirse que, si puede discutirse la utilidad de aplicaciones singulares, la responsabilidad jurídica como tal, en sus distintas variantes penal, civil, etc., no es discutida. Incluso la más gravosa, la penal, se entiende como un mal del que, desgraciadamente, no se puede prescindir sin provocar una importante merma en la protección de bienes jurídicos. Pero esta justificación del todo no debería hacer olvidar la necesidad de someter cada una de sus aplicaciones singulares al filtro de la proporcionalidad o adecuación. Esta idea se plasma en Derecho penal en el escrupuloso respeto al principio de intervención mínima en sus dos manifestaciones principales: el carácter fragmentario –sólo deben someterse a pena los atentados más graves contra los bienes esenciales– y el principio de subsidiariedad o *ultima ratio legis* –sólo es lícita la intervención cuando no haya un medio menos lesivo de protección–.

El que las diferentes modalidades de responsabilidad jurídica, frecuentemente desligadas de la responsabilidad subjetiva, puedan satisfacer el criterio cuantitativo de protección de bienes jurídicos, nos permite destacar algunos aspectos relevantes de la relación entre ambos conceptos. La responsabilidad jurídica se inserta, como hemos visto, como una modalidad dentro del catálogo am-

(37) Ello aconseja no intervenir cuando el daño que se quiere combatir y el que provoca la medida jurídica son sustancialmente iguales o hay escasas diferencias entre ellos. Esta idea se encuentra en la línea de interpretaciones restrictivas del estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales como las que destacan la relevancia de la perturbación del orden jurídico –por ejemplo, CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, T. I (Artículos 1-22)* (Barcelona: Ariel, 1976), p. 288; MIR PUIG, *Parte General* (como en nota 24), p. 471.

plio de medidas preventivas y reparadoras jurídicas. Pero no es fácil definir los parámetros que permiten la identificación de ese subconjunto y le conceden homogeneidad, aunque los tres antes apuntados delimiten su núcleo principal. Quizás se hubieran facilitado las cosas, al menos desde una perspectiva terminológica, si el uso habitual del lenguaje hubiera impuesto una utilización coordinada de ambos términos, de manera que sólo se hablara de responsabilidad jurídica para referirse a las medidas lesivas impuestas al responsable subjetivo o culpable del hecho; pero no ha sido así, al menos fuera del Derecho penal (38). Pese a ello, creo que es muy conveniente poner de manifiesto por qué la responsabilidad subjetiva ha sido y debe seguir un criterio principal de imputación de consecuencias jurídicas y no sólo desde la perspectiva de una justa distribución, sino también desde una perspectiva práctica.

Los daños a bienes jurídicos pueden proceder de hechos naturales o de acciones humanas, pero en cualquier caso el Derecho que quiere intervenir en la realidad evitando lesiones no puede hacerlo más que mediante normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos. En unos casos, frente a hechos naturales o hechos humanos no dirigibles, sólo le cabe una acción indirecta que no recae sobre la propia fuente de peligro, sino sobre la actividad humana—ésta sí dirigible— que puede controlarla. Frente a acciones humanas, por el contrario, la intervención puede ser tanto indirecta—normas dirigidas a terceros para que eviten el hecho—, como directa—normas dirigidas al propio autor—. Tanto unas como otras buscan un mismo fin (aunque de manera más o menos próxima) y utilizan idéntico mecanismo de acción: dirigir el comportamiento humano. Aunque no todas, una parte importante de las consecuencias que se imponen en la responsabilidad jurídica tienen como finalidad reforzar la eficacia de las normas de conducta anudando sanciones a su infracción (39). Un principio práctico elemental es que tales

(38) Aunque en este caso para referirse a aquel a quien se le impone una medida de seguridad jurídico-penal tampoco se habla normalmente de «responsable» penal, expresión que se reserva sólo para el penado culpable.

(39) Naturalmente ello sólo puede conseguirse, a su vez, mediante otras normas secundarias (el Derecho opera mediante normas) dirigidas a terceros para que sancionen la infracción de la norma primaria. Como muy tempranamente puso de relieve BENTHAM—*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. a cargo de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Methuen, con una nueva introducción a cargo de F. Rosen y un ensayo interpretativo de H. L. A. Hart (Ox-

sanciones sólo pueden cumplir su función instrumental cuando estén presentes las condiciones que permitan al autor cumplir la norma a él dirigida, y estas condiciones son precisamente las que integran el concepto de responsabilidad subjetiva plena o culpabilidad (40). Esto quiere decir que, al margen de cuestiones de justicia distributiva, la existencia de las circunstancias subjetivas de la culpabilidad es un requisito esencial de operatividad práctica de una buena parte de las consecuencias jurídicas: en concreto de todas aquellas cuya finalidad sea, de uno u otro modo, favorecer la eficacia de las normas de comportamiento. Sólo las infracciones culpables de la norma primaria de comportamiento justifican la intervención de la norma secundaria de sanción que trata de reforzar su cumplimiento.

Este hecho permite explicar por qué quienes niegan que la culpabilidad pueda sustentarse en la capacidad de obrar de modo distinto siguen manteniendo esta categoría desde planteamientos puramente preventivos (41). Pero esta defensa del principio de culpabilidad sólo serviría si la justificación de la responsabilidad jurídica dependiera *exclusivamente* de argumentos de utilidad cuantitativos como los que ahora estamos examinando. Si se acepta que también es esencial atender a los criterios de justicia distributiva, falta demostrar que una culpabilidad basada en criterios sólo preventivos los cumple. Precisamente la conexión tradicional de esta categoría con la capacidad de actuar de manera distinta es lo que permitía la justificación atendiendo también a este segundo criterio valorativo. La actuación libre del autor da pie al reproche y con ello fundamenta el *merecimiento* de sanción, que es uno de los criterios clásicos de justicia distributiva.

ford: Clarendon Press, 1996) p. 302-, también la norma secundaria de sanción es a la vez una norma primaria de conducta para el órgano de la justicia encargado de hacer cumplir la ley, y su infracción es sancionada por una norma secundaria -terciaria respecto de la primera- de sanción, que en Derecho penal se contiene en el tipo de prevaricación.

(40) Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9.

(41) Así ya en el clásico trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed. Tecnos: Madrid, 1990, pp. 140-161. (Inicialmente publicado en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109).

b) *Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios*

La importancia de justificar la responsabilidad desde la perspectiva de una correcta distribución de cargas procede de la combinación de dos factores: en primer lugar, del hecho de que la redistribución del daño en la responsabilidad jurídica se hace habitualmente de manera *desequilibrada*, cargando sobre una o sobre pocas personas; en segundo lugar, del reconocimiento de nuestra *individualidad*, que se traduce en una concepción de la justicia que reconoce *límites valorativos* a la consecución del bienestar general cuando ello entraña el sacrificio no compensado de individuos singulares.

Este segundo factor tiene especial relieve. La utilidad a la hora de prevenir o reparar lesiones a bienes jurídicos sería el único criterio a tener en cuenta para justificar una consecuencia jurídica lesiva en una sociedad en la que el elemento de referencia valorativo para medir el bienestar fuera siempre el grupo como un todo y no sus individuos singulares. En una sociedad-hormiguero, cualquier sacrificio de un miembro en beneficio de otro que produjera un aumento del bienestar global estaría justificado (42), pero no en una sociedad de sujetos con derechos y obligaciones sociales, pero también individuales. En este caso, la imputación o distribución del mal es un criterio limitador esencial a la hora de justificar medidas lesivas. Como ha indicado Rawls, esgrimiendo un argumento que se ha convertido en una clásica objeción contra el utilitarismo (o, más bien, contra una versión estrecha del mismo), «cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar [...] la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros» (43). El peso que

(42) Claro está que en una sociedad de este tipo, si no es impuesta coactivamente sino sentida por sus miembros, como en el caso de las hormigas, que poseen un incondicional instinto altruista para su grupo, los conflictos de intereses dentro del clan son infinitamente menores: sólo existen amenazas externas, de otros grupos o de la naturaleza, pero no internas, ya que la propia idea de la individualidad se diluye en el grupo.

(43) *Teoría de la justicia* (México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979; traducción de María Dolores González del original en inglés, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), cit. pp. 19 ss., más pormenorizadamente, pp. 40 ss. En la misma línea, poniendo el acento en

haya de tener este criterio como límite de la utilidad es directamente proporcional al grado de reconocimiento de la autonomía individual frente a los deberes sociales. En una sociedad regida por criterios de máxima solidaridad el peso será pequeño, y en una sociedad ultra-liberal, grande.

Aceptando de partida esta relatividad, pueden esbozarse al menos ciertos criterios básicos de redistribución justa que se encuentran tras la mayor parte de las consecuencias impuestas en la responsabilidad jurídica. Aludiré ahora sólo a los criterios de justicia distributiva, en el bien entendido de que la justificación final surge de combinarlos con los de utilidad antes examinados, cuestión que será abordada más adelante. La pregunta sería entonces: ¿qué puede justificar una intervención jurídica redistributiva en ausencia de cualquier mejora cuantitativa en la protección de bienes?

Lo primero que conviene hacer es evitar un posible malentendido al que ya he hecho referencia y que tiene que ver con la relación entre criterios cuantitativos y distributivos. En un derecho que se define como protector de bienes, parece que la respuesta a la pregunta anterior debería ser: nada puede justificarlo. Pero es evidente que el derecho maneja criterios de distribución justa, y ello lo que nos indica es que estos criterios responden a su vez a valores que representan bienes jurídicos. Una medida redistributiva justa protege bienes como la igualdad, la dignidad o la autonomía individual, que tienen un valor en sí y a la vez instrumental para crear las condiciones en que otros bienes se desarrollen protegidos. Todos los bienes, mediatos e inmediatos, entran en la ponderación compleja. Por ello debe insistirse en que la distribución justa no es algo esencialmente distinto de la protección cuantitativa de bienes, sino más bien una protección en la que también se tienen en cuenta bienes referidos a la autonomía individual que deben ponderarse junto a otros que atienden al mayor bienestar general. Precisamente ello explica que pueda haber genuinos conflictos entre ellos (de los que luego me ocupo brevemente) que se resolverán según el peso res-

la justa distribución, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 218 ss. Discutible es, sin embargo, si esta correcta objeción afecta decisivamente a los postulados del utilitarismo, como apuntan Rawls y Nino, o más bien puede ser superada sin salir del marco de una teoría consecuencialista introduciendo los criterios distributivos, como reflejo de derechos individuales, en el estado de cosas que sirve de base a la valoración. Sobre ello, por ejemplo, BAYÓN MOHINO, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa* 6 (1989), pp. 470 ss.

pectivo de lo que esté en juego, lo que no excluye que ciertos valores individuales especialmente importantes, como la dignidad en sus manifestaciones más básicas, puedan tener un rango tan elevado que ninguna consideración sobre el bienestar general permita justificar su lesión (44).

Hecha esta salvedad, creo que hay dos tipos de posibles justificaciones de medidas lesivas: las que se basan en el *merecimiento* y las que lo hacen en un cierto entendimiento de la *equidad*. Las primeras enlazan la responsabilidad jurídica con la subjetiva, mientras que las segundas operan al margen de ésta.

1.º Responsabilidad jurídica merecida

Un rasgo esencial de la perspectiva que tenemos de nuestra inserción en el teatro del mundo es que no somos ni sólo meros espectadores externos de lo que sucede, ni siempre marionetas controladas por fuerzas externas (aunque ambas cosas también lo seamos), sino también actores y guionistas de los que depende la definitiva configuración de la trama. Presuponemos que al menos una parte de lo que acaece es debida a nuestras acciones; puede imputársenos como propia. Consecuencia directa de esta forma de ver las cosas es que habitualmente distinguimos entre hechos que *suceden* y hechos que *hacemos que sucedan*. Lo primero es el campo del azar, lo segundo, del merecimiento (45). Esta distin-

(44) Creo que esto es precisamente lo que sucede en el caso de la prohibición absoluta de las torturas y de las penas o tratos crueles inhumanos y degradantes que contempla la Constitución en el artículo 15. No es que aquí la dignidad esté al margen de la ponderación de intereses, como en ocasiones se ha dicho, sino que en dicha ponderación se le atribuye normativamente un rango *máximo*. Sobre ello, detalladamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general» (como en nota 36), pp. 214 ss. y 238 ss.

(45) En el lenguaje ordinario, e incluso en la filosofía moral, el término «merecimiento» se utiliza con diversos significados, algunos más amplios que el del texto. No es infrecuente considerar merecido algo por la mera concurrencia de ciertos atributos objetivos en el sujeto, independientemente de cómo los haya obtenido: por su propia acción libre, por azar, por nacimiento, etc. Por ejemplo, cuando se afirma que alguien merece ganar el premio de belleza por ser el /la más guapo/a, o cuando se dice que cualquier persona merece ser respetada por el mero hecho de ser persona. En el texto utilizo el término en un sentido mucho más restringido, conectado a la acción previa y responsable del sujeto que le hace merecedor de lo bueno y lo malo que de ella se derive. Coloquialmente «merecer X» en este sentido equivale a «haberse ganado X». Un concepto de merecimiento ligado a la responsabilidad es, por lo demás, habitual en filosofía moral –v. por

ción no se empaña al reconocer que la mayor parte de los hechos resultan de la combinación de ambos factores, cada uno con mayor o menor peso. Predomina la suerte en la lotería, aunque para ganar haya que comprar el billete, y predomina el merecimiento en el éxito de un plan de ahorro a largo plazo, aunque el azar juegue un papel en las inversiones.

La responsabilidad jurídica lesiona intereses de quien la sufre, y para éste la lesión, en cuanto hecho, se presenta en lo referente a su origen como cualquier otro hecho: puede ser fruto del azar o de su propio merecimiento (46); puede caerle encima como una desgracia natural o puede habérsela ganado con sus actos previos. Ello nos sitúa de nuevo ante el otro concepto de responsabilidad, el que alude a los antecedentes del hecho, a su origen, y nos obliga a responder a una de las cuestiones que quedó entonces planteada: la de si cualquiera de los niveles de imputación de un hecho a sus antecedentes permite hablar de responsabilidad.

Apuntaba entonces que sólo la imputación subjetiva plena permite considerar a alguien responsable de un hecho. Se trata ahora de justificar brevemente esa opinión y completarla con la siguiente: la imputación subjetiva plena o imputación a la culpabilidad hace responsable al autor y a la vez sirve de presupuesto único a la responsabilidad jurídica basada en el merecimiento. En otras palabras, sólo es merecida la responsabilidad jurídica del responsable subjetivo. Los demás criterios de imputación de un hecho a su causa original –imputación a la causalidad; imputación objetiva; imputación al dolo, etc.– sólo tendrán importancia por sí mismos (no en cuanto parte de la responsabilidad subjetiva plena) en la medida en que su concurrencia sea necesaria para una equitativa distribución en ausencia de merecimiento.

¿Por qué nos interesa mirar al pasado, a los antecedentes del hecho desvalorado que da origen a la responsabilidad jurídica? Inicialmente podríamos pensar que porque así obtenemos una explicación del hecho, pero la cuestión es: ¿para qué queremos explicar

ejemplo, SADURSKI, *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory* (Dordrecht/Boston/Lancaster: D. Reidel, 1985), pp. 116 ss.; BETEGÓN, *La justificación del castigo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), pp. 209 ss., especialmente 220 ss.

(46) El hecho de que en estos casos intervenga un tercero –los órganos administrativos o judiciales– que imponga la medida (normalmente en su caso de manera plenamente imputable, aunque puede no ser así) no altera en nada la perspectiva del afectado.

un hecho que ya ha sucedido, remontándonos a otros hechos anteriores sobre los que ya no tenemos influencia? Hay dos razones principales para este interés: en primer lugar, nos sirve para aumentar nuestra experiencia y así poder prevenir situaciones futuras semejantes; en segundo lugar, nos sirve para realizar juicios de desvalor de segundo nivel. Es esta segunda razón la que ahora nos interesa.

Si la realidad estuviera conformada por acontecimientos perfectamente individualizables e inconexos entre sí, cada uno de ellos podría ser objeto de valoración directa (primaria) atendiendo a su propia entidad. Pero, desde el momento en que reconocemos conexiones causales entre hechos, entra en juego una posible valoración de segundo nivel en la que un acontecimiento puede ser evaluado en función de otros acontecimientos, primariamente valorados, con los que guarda una relación genética. Un hecho que aisladamente considerado (valoración primaria) puede ser indiferente, valioso, o disvalioso, puede cambiar su calificación si se atiende a otros hechos con los que se encuentra causalmente relacionado (valoración secundaria). Ello no quiere decir que la nueva valoración anule las anteriores, sino simplemente que introduce un nuevo factor que modifica la valoración global (atendiendo a todos los factores) del hecho. La caída de un rayo, que aisladamente considerada puede ser un hecho indiferente, parece dejar de serlo si mata a una persona, convirtiéndose en un suceso desvalorado.

Aunque a primera vista el desvalor primario que identificamos en un hecho podría trasladarse a *cualquiera* de sus condiciones de existencia, sea cual sea su naturaleza, lo cierto es que la valoración secundaria requiere algo más. Esta valoración no se refiere a una mera apreciación de las características valiosas o disvaliosas de un hecho, como es el caso de la valoración primaria, sino que alude a la propia *existencia* del hecho primariamente valorado. Sólo es posible tal valoración cuando la condición del resultado tiene un carácter que, con todas las cautelas, podríamos denominar *originario*. Un ejemplo puede aclarar esta idea: si imaginamos un proceso físico cuyo resultado final es la producción de un resultado disvalioso –por ejemplo el incendio y destrucción de un bosque de especies arbóreas especialmente amenazadas, causado por un rayo–, nuestra atención puede fijarse en el propio resultado desvalorado –la extinción de una especie–, que constituye una valoración primaria, o en el hecho de que tal extinción haya llegado a producirse, que constituye una valoración secundaria, pero este último caso sólo tie-

ne sentido cuando la situación fuera tal que el resultado podía o no producirse. En otras palabras, por mucho que podamos individualizar un antecedente condicional de un suceso, como puede ser el rayo respecto del incendio, no tiene sentido atribuirle una valoración propia como causa de tal suceso si su propia existencia resulta físicamente condicionada por una situación previa. En una sucesión causal podemos seleccionar una determinada parcela espacio-temporalmente definida –la evaporación del agua que genera las nubes; los fenómenos atmosféricos que provocan la carga eléctrica; el propio rayo, etc.–, condicionalmente conectada con el resultado disvalioso que examinamos –la destrucción de árboles valiosos–, pero no hay nada en nuestra selección de condiciones que permita una valoración distinta de la primaria que ya hemos hecho. Podemos decir que el rayo es malo porque está conectado con el incendio, o que la carga eléctrica es mala porque está conectada con el rayo y éste con el incendio, etc., pero verdaderamente no habremos salido de la valoración de primer nivel.

Una valoración de segundo nivel, como la que nos interesa para la responsabilidad, no tiene que ver con esto, sino más bien con la idea antes apuntada de selección de acontecimientos de los que verdaderamente *dependa* el que un hecho se produzca o no. Y ello sólo se da en las acciones humanas cuando además se cumplen todos los requisitos de la imputación subjetiva, y no en cualquier otro acontecimiento causal antecedente. Si se dan estas condiciones, el hecho desvalorado es verdaderamente obra del autor, y entonces él mismo con sus actos ha aceptado las consecuencias beneficiosas o perjudiciales que de tal hecho se deriven, la distribución de males aparentemente desequilibrada que entraña la responsabilidad jurídica. Ya no tenemos una desgracia natural que el derecho redistribuye de manera desequilibrada sobre una persona, sino una desgracia creada voluntariamente por alguien, pero cuyos efectos dañinos no recaen en el creador, sino que éste la distribuye arbitrariamente sobre un tercero. El derecho se limita entonces a redistribuir el mal sobre el causante original.

Cuando esta redistribución es factible –por ejemplo, en la reparación civil–, la justificación no plantea problemas. El derecho consigue que quien causa daño de manera injustificada se dañe a sí mismo, lo que a la vez tiene efectos preventivos y de justicia reparadora. Muchos más problemas plantea la justificación de medidas sancionadoras, que, aparentemente, sólo añaden mal sobre mal ya causado. Éste es el caso de la pena criminal, y no es extraño que

siempre y en todas partes su justificación haya dado lugar a intensas discusiones. No voy a entrar en el análisis de esta cuestión, que nos llevaría demasiado lejos, pero sí quisiera apuntar que tanto si su justificación se busca en la retribución del hecho cometido, como en la prevención de futuros hechos, el requisito del merecimiento resulta insoslayable. En la retribución no necesita especial justificación: es algo consustancial a la propia idea retributiva (47). Pero tampoco es distinto en la prevención si la pena ha de ser un instrumento no sólo útil sino también justo. La carga que impone la pena es especialmente gravosa para el que la soporta, y en su naturaleza está que no puede ser compensada sin perder la finalidad que le es inherente. Este desequilibrio en la imposición sólo puede ser justificado si hay merecimiento.

No puede concluir este apartado sin dejar planteado el problema principal al que se enfrenta una responsabilidad jurídica basada en la responsabilidad subjetiva, que no es otro que la amenaza para el concepto de libertad que procede de una visión del mundo en la que el comportamiento humano que sirve de base a la responsabilidad queda sometido al principio causal como cualquier otro acontecimiento, desapareciendo entonces la posibilidad de actuar de manera distinta a como se hizo. Con ello parece caer por su base el criterio principal de justificación, que es la opción libre del autor por el hecho lesivo. De esta importante objeción, que enlaza con la clásica polémica acerca de la compatibilidad o incompatibilidad entre determinismo y libertad, me ocuparé en la segunda parte del trabajo.

2.º Responsabilidad jurídica equitativa

A falta de responsabilidad subjetiva de alguien en la causación del hecho lesivo, éste debe imputarse al azar. En esta situación existe un derecho igual de todos a no soportar lesiones. Pero hay males que son inevitables, y la cuestión que se plantea es quién debe cargar con ellos. Las reglas de distribución de los males inevitables deben atender, entonces, a la equidad; al mantenimiento de la situación de partida si es justa, o a su modificación mediante criterios correctores de justicia distributiva si no lo es.

(47) Un desarrollo pormenorizado de la idea de merecimiento aplicado a la justificación retributiva de la pena puede verse en BETEGÓN, *La justificación del castigo* (como en nota 45), pp. 284 ss.

Son tres las opciones de reparto con que contamos: no intervenir, dejando que el azar reparta suerte; desplazar el daño, total o parcialmente, a un tercero con apoyo en algún criterio de justicia; o distribuirlo universalmente entre todos los ciudadanos. Ninguna de las tres opciones es excluyente; todas pueden ser justas y adecuadas en ciertos contextos. Muchas veces, además, la elección de una u otra va a depender de criterios de utilidad.

La *distribución «natural» del daño*, si de verdad es natural, tiene una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que le toque en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimientos jurídicos. En ciertos contextos, como frente a males de escasa entidad que procedan de fuente natural, es seguramente el mejor criterio posible tanto por su utilidad práctica como por su imparcialidad. Pero en otros contextos puede resultar injusto y contraproducente. Obviamente lo es cuando se aplica a males provocados por hechos culpables en los que la asignación inicial del daño es parcial, esto es, depende de la voluntad del lesionante; o cuando el daño es muy grave y difícilmente puede ser compensado por la buena suerte del que lo padece. También plantea problemas cuando se aplica a situaciones en las que es posible prevenir un mal natural o provocado causando otros males menores a terceros ajenos (situaciones clásicas del estado de necesidad). En cualquiera de estos casos pueden ser mejores opciones el desplazamiento a un tercero o la redistribución universal.

Desplazar el mal a terceros parece la solución más razonable desde un punto de vista de justicia distributiva, en dos casos: cuando media una causación culpable, lo que se ha examinado en el apartado anterior, o cuando alguien se beneficia de la actividad arriesgada que provoca el mal ajeno, en cuyo caso es el beneficiario quien deberá adoptar a su costa medidas preventivas para evitar la lesión, o repararla si ya se ha producido. Este desplazamiento tiene su aplicación principal en la responsabilidad civil por riesgo, basada en el principio *ubi commodum ibi et incommodum*. También en Derecho penal puede tener aplicación este principio; por ejemplo en la delimitación de las posiciones de garantía en los delitos de omisión, especialmente en caso de injerencia.

La imputación de responsabilidad en estos casos plantea el problema complejo de determinar quién y hasta dónde es alguien be-

neficiario del riesgo que provoca el mal ajeno, pero si efectivamente puede concluirse que hay beneficio, entonces el argumento de justicia distributiva es claro: al imponerle responsabilidad se reinstaura el equilibrio inicial roto por el hecho lesivo. El reparto resulta plenamente equitativo.

Hay otras situaciones en las que el desplazamiento del daño a un tercero puede estar también justificado. Cuando la persona que ha sido dañada o está en peligro no es con certeza responsable subjetiva ni beneficiaria indirecta del hecho y hay otra u otras que lo son con una cierta probabilidad, tiene sentido invertir la carga de la prueba de la ausencia de responsabilidad, imputándosela inicialmente al presunto responsable. Incluso puede ser razonable establecer una responsabilidad puramente objetiva complementada con un seguro obligatorio, lo que supone en realidad una redistribución general del daño entre los que se benefician de la actividad arriesgada.

Por último, la *redistribución general del daño* entre todos los miembros del grupo social es ciertamente la mejor y más justa solución en muchos casos, ya que aparentemente mantiene la respectiva posición de las partes anterior a la amenaza o la lesión; pero ni es siempre racional –en particular no lo es en aquellos examinados en el punto anterior– ni es siempre justa –una misma carga aplicada linealmente puede agudizar la desigualdad de base en perjuicio de quienes parten ya de una posición inferior, aunque esto puede corregirse mediante redistribuciones no lineales sino escaladas (a través de impuestos progresivos, etc.)–. Es especialmente adecuada para casos de daños de gran entidad que no pueden ser compensados por la propia fortuna. Normalmente la redistribución será indirecta, mediante compensación económica, porque el mal no podrá ser dividido.

c) *Conflictos entre utilidad y justicia distributiva*

Los dos aspectos que, a efectos de análisis, he distinguido dentro del problema general de la justificación de medidas jurídicas lesivas se refieren respectivamente a la comparación entre bienes salvados y lesionados (utilidad), y a la distribución de las cargas (justicia). La actuación de ambos principios de cara a la justificación de la responsabilidad puede orientarse en la misma dirección, pero también eventualmente en direcciones opuestas. Atendiendo a

estos dos baremos existen cuatro combinaciones posibles, dos extremas, en las que la justificación se produce siempre en una y nunca en la otra, y dos intermedias, en las que la justificación depende del respectivo peso de los factores favorables y desfavorables.

La primera combinación se produce cuando la lesión provocada no sólo produce una mejora cuantitativa en los intereses protegidos (o al menos un mantenimiento de la situación de partida), sino que a la vez está justamente distribuida. En estos casos el hecho estará siempre justificado, ya que hay un avance neto, sin contrapartidas. Ejemplos pueden ser, en el ámbito de la responsabilidad jurídica, la imposición de una pena criminal al autor culpable de un delito o la obligación de reparar civilmente un daño por parte del que lo ha causado dolosamente; en las causas de justificación, un trasplante intervivos con consentimiento del donante que salva la vida del receptor del órgano, o una legítima defensa en la que se causa una lesión al agresor y con ello se evita la muerte de la víctima. En todos ellos el saldo de protección es favorable y la distribución justa.

Las dos combinaciones intermedias se producen cuando hay una mejora cuantitativa en los bienes protegidos pero una distribución injusta, o, al revés, un empeoramiento en la protección pero una distribución adecuada. En ambos casos se produce un conflicto entre un hecho que apoya la justificación y otro que se opone a ella. Su peso respectivo decidirá. Un ejemplo del primer grupo, en el que no se produce la justificación, podría ser un trasplante de órganos como el mencionado anteriormente pero impuesto coactivamente al donante. Aunque en este caso se salva la vida de alguien a cambio de una lesión en la integridad de menor valor cuantitativo, la distribución del daño resulta injusta porque falta el consentimiento. Como aquí el mal causado es, a su vez, de gran entidad, el margen de mejora cuantitativa es escaso y no es capaz de compensar el efecto negativo de una injusta distribución. El hecho no está justificado.

Distinta es la cosa cuando el interés protegido prepondera de tal forma sobre el lesionado que incluso una distribución injusta no es suficiente para negar la justificación. La lesión de la propiedad ajena por parte de una persona sin recursos para salvar su propia vida o la de otro es lícita por más que al final el perjudicado sea un tercero que nada tenía que ver con la amenaza inicial. Otro ejemplo puede ser los deberes de socorro legalmente impuestos por el delito de omisión del deber de socorro. En el primer caso el ordenamiento impone una obligación de no hacer que entraña la pérdida de un dere-

cho de propiedad –debe soportar el daño, pese a que no va recibir compensación por ser indigente el causante–, y en el segundo de hacer, que limita la libertad –debe socorrer–, y en ambos casos el obligado es un tercero ajeno al riesgo inicial. En situaciones de este estilo es habitual considerar que es el principio de solidaridad interpersonal el que permite explicar el deber, pero también el caso anterior de la donación no consentida era un caso de solidaridad y no había justificación. Es la ponderación cuantitativa del mal amenazado y el causado la que decide los límites de la solidaridad. Por eso el trasplante es antijurídico y no la salvación de la vida a costa de una pérdida definitiva de la propiedad; y por eso puede omitirse el socorro cuando hay riesgo propio o ajeno, ya que entran en juego nuevos intereses en la ponderación junto a la libertad, y no cuando no lo hay y el único interés del que socorre que entra en conflicto con los del socorrido es su libertad para permanecer impasible.

Como en todo supuesto intermedio, sus límites se van haciendo cada vez más difusos según el peso respectivo de los factores favorables y desfavorables se va aproximando. Por ejemplo, entre los penalistas nadie duda que no cabe justificación en el caso del trasplante no consentido, pero se ha discutido vivamente si el estado de necesidad puede justificar una extracción de sangre no consentida que sirva para salvar la vida del transfundido. La mayor parte de la doctrina se muestra contraria, pero algunos autores cualificados, como Roxin, admiten la justificación (48). Y uno de los argumentos de este autor es precisamente que pequeñas intervenciones corporales no consentidas, realizadas para salvar intereses ajenos, no llegan a lesionar la dignidad del obligado (49).

(48) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3.^a ed. (Munich: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997), § 16, nmm. 43 y s.

(49) En un caso como éste se muestran las ventajas de un análisis de la justificación como el aquí propuesto, en el que se distingue la utilidad y la justicia distributiva. Para apoyar su propuesta, Roxin alega, entre otros argumentos, que también son lícitas otras intervenciones forzosas sobre el cuerpo de una persona, como las impuestas por las leyes de vacunación, o la propia extracción de sangre para esclarecer delitos o comprobar la paternidad. Ello es cierto, pero es que en estos dos casos el criterio de distribución es favorable a estas medidas, cosa que no sucede en la extracción de sangre. Entre los criterios de distribución justa se encuentra el de que cada uno soporte su mala suerte natural sin desplazarla a terceros (salvo una redistribución general), lo que permite sin problemas justificar la vacunación obligatoria, ya que la posible fuente de contagio procede del que va a sufrir la restricción. En cuanto a la extracción con fines procesales, responde también

El caso inverso se produce cuando el interés lesionado es cuantitativamente mayor que el evitado, pero su distribución es correcta. Al igual que en el anterior, la justificación depende del peso respectivo de ambos factores, y, de la misma manera, los problemas de delimitación se agudizan en la zona media. Así, por ejemplo, está justificado por legítima defensa causar un daño superior al amenazado –por ejemplo una muerte para evitar una lesión de la integridad–, pero se requiere que haya una agresión ilegítima. En estos casos, la justa distribución del daño, que va a recaer sobre el agresor que, en cuanto tal, se hace merecedor a él, permite justificar un daño cuantitativamente superior (50). La solución favorable a la licitud no plantea problemas cuando la desproporción entre los males es pequeña, pero según va aumentando cada vez resulta más problemática, hasta el punto de que muchos ordenamientos limitan voluntariamente el alcance de la legítima defensa cuando hay una grave desproporción. En Francia, por ejemplo, no es lícito defender la propiedad si para ello es imprescindible causar dolosamente la muerte de otro, y en España el artículo 20.4.º CP pone a su vez límites al alcance de la defensa legítima del patrimonio.

La última combinación posible es la puesta a la primera examinada. Se produce cuando la acción lesiva no provoca una mejora cuantitativa en la salvación de otros bienes y a la vez la distribución es injusta. Un ejemplo es el delito, que provoca lesiones no compensadas y recae sobre personas inocentes. En estos casos nunca cabe justificación.

La conclusión principal que debe extraerse del examen de los casos de conflicto es que ninguno de los dos factores que inciden en la justificación tiene un peso absoluto. La responsabilidad jurídica debe apoyarse en ambos. La segunda parte del trabajo se dedica al examen de la cuestión que había quedado pendiente: cómo justificar la responsabilidad subjetiva.

a otro criterio distributivo como es la presunción de culpabilidad. La extracción de sangre para salvamento, sin embargo, no está apoyada más que por un criterio de orden inferior como es la reciprocidad impuesta.

(50) De ahí la importancia de restringir la legítima defensa a los casos de agresión culpable. Sólo aquí el criterio de distribución contra el plenamente responsable (criterio de orden primario) tiene el peso suficiente para justificar una lesión cuantitativamente superior a la evitada. Aunque no es tesis mayoritaria, un importante sector doctrinal se inclina por esta restricción del significado de la agresión ilegítima –sobre ello, v., por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona: Bosch, 1978), pp. 230 ss. y 333 ss.–

II. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LIBERTAD

1. Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta

Cuando hablamos en derecho de responsabilidad subjetiva, solemos hacerlo en el sentido de que la imposición de una consecuencia jurídica desfavorable, pena o reparación, depende de que se cumplan ciertos requisitos subjetivos que aluden a la persona del supuesto responsable o a su relación con el hecho, requisitos que permiten imputarle el hecho como obra suya. Generalmente decimos que el autor debe ser «culpable» del hecho antijurídico (51). Con ello lo que se está haciendo es fundir bajo una misma expresión los dos conceptos de responsabilidad que hemos distinguido anteriormente. Se habla de responsabilidad subjetiva para indicar la responsabilidad jurídica –imposición de penas y reparación– basada en la responsabilidad subjetiva o moral –causación culpable del hecho desvalorado.

La existencia de responsabilidad subjetiva es, al menos aparentemente, el principal criterio legitimador de la responsabilidad normativa. Con su concurrencia parecen cumplirse los dos requisitos elementales de legitimidad de la intervención: utilidad y justicia. Es una intervención útil porque los elementos que definen la responsabilidad subjetiva son el presupuesto elemental de efectividad directiva de las normas primarias de comportamiento, con lo que la exigencia de responsabilidad subjetiva se convierte en condición necesaria de la prevención. Es una intervención justa porque se basa en el merecimiento; porque la distribución de los efectos lesivos se hace a costa de la persona que tuvo en sus manos que el mal no se hubiera producido.

Ambos requisitos, y manifiestamente el segundo, pueden quedar, sin embargo, afectados por la posibilidad de que la responsabilidad subjetiva carezca de una base ontológica firme en la que asentarse. De manera constante se ha vinculado la responsabilidad a la libertad del agente, y más concretamente a la posibilidad de que éste hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo.

(51) Aunque en Derecho penal la doctrina mayoritaria ubica ciertos elementos fundamentales de la imputación subjetiva –dolo e imprudencia– en el ámbito del injusto, esta opción sistemática no afecta al núcleo del problema aquí tratado. Se examine en un sitio u otro, todo el mundo requiere la presencia de estos elementos.

Si no había alternativa real de acción correcta, el sujeto no puede ser hecho responsable de lo malo que haya causado. Pero este presupuesto básico de la responsabilidad se contradice con una visión de la realidad, que tiene importantes apoyos en la ciencia y en la filosofía, según la cual el mundo está regido por la ley de la causalidad, de manera que todo acontecimiento, y la actividad humana no es una excepción, tiene su origen en hechos precedentes que lo condicionan necesariamente, no quedando entonces espacio para una acción original, no determinada, como la que parece requerir la responsabilidad subjetiva. Ayer ha planteado los términos básicos de la discusión de la siguiente manera:

Cuando digo que he hecho algo por mi propia voluntad, estoy afirmando implícitamente que yo podía haber actuado de otra forma, y sólo cuando se acepta que yo podía haber actuado de otra forma estoy en posición de ser moralmente responsable por lo que he hecho, ya que un hombre no es considerado moralmente responsable por una acción que no pudo evitar. Pero si el comportamiento humano está completamente gobernado por leyes causales, no está claro cómo cualquier acción realizada hubiera podido evitarse. Podría decirse que el agente hubiera actuado de otra forma si las causas de su acción hubieran sido diferentes, pero de ser lo que fueron parece deducirse que estaba forzado a hacer lo que hizo. De manera que es comúnmente asumido a la vez que el hombre es capaz de actuar libremente, en el sentido necesario para hacerle moralmente responsable, y que el actuar humano está enteramente gobernado por leyes causales, y es el conflicto entre estas dos asunciones el que provoca el problema filosófico de la libertad de la voluntad (52).

Este problema ronda la filosofía moral desde sus orígenes, permaneciendo hasta hoy como cuestión central y para muchos no resuelta de la responsabilidad. Aunque ya aparece planteada en los autores griegos (53), adquiere su verdadera dimensión con el ex-

(52) «Freedom and Necessity», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), cit. p. 15.

(53) Epicuro fue uno de los primeros autores en enfrentarse al problema que plantea el determinismo para la filosofía moral. De él procede, además, una de las más clásicas objeciones filosóficas al determinismo. Sobre Epicuro, v. De Witt, Norman Wentworth, *Epicurus and his Philosophy* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954), pp. 171 ss., para quien Epicuro fue el primero en plantear el conflicto entre libertad y determinismo –p. 171–. También Aristóteles plantea de manera indirecta el problema al tratar de la acción voluntaria, que ori-

traordinario desarrollo de las ciencias naturales, especialmente la astronomía y la física, a partir del siglo XVI, que por primera vez puso ante los ojos del hombre el determinismo como una hipótesis científica que podía entrar en abierto conflicto con la supuesta libertad de voluntad (54).

En Derecho la discusión se liga a la fijación de los presupuestos de la responsabilidad jurídica. Allí donde, como en el Derecho penal, se requiere como presupuesto necesario de la responsabilidad la exigencia de culpabilidad, aflora el problema de determinar su fundamento material. Al igual que en las discusiones de la filosofía moral, y con un evidente paralelismo, se discute si el fundamento de la culpabilidad es la capacidad de actuar de modo distinto o si, partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, deben buscarse soluciones alternativas, bien en forma de una distinta fundamentación de la categoría, bien incluso prescindiendo de ella (55).

gina el hecho, como base de la responsabilidad. V., por ejemplo, MEYER, Susan Sauvè, *Aristotle on Moral Responsibility. Character and Cause* (Oxford: Blackwell, 1993); BROADIE, Sarah, *Ethics with Aristotle* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1991), esp. pp. 124 ss. y 149 ss.; KENNY, Anthony, *Aristotle's Theory of the Will* (Londres: Duckworth, 1979), pp. 39 ss. y 49 ss.; IRWIN, Terence H., *Aristotle's First Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1988), pp. 340 ss.; «Reason and Responsibility in Aristotle», en Amélie OKSENBERG RORTY (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics* (Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1980), pp. 117 ss.

(54) Así, VON WRIGHT, «Of Human Freedom», en *In The Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind* (Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1998), pp. 1 y 29.

(55) Suele considerarse un momento decisivo en la discusión penal sobre el fundamento material de la culpabilidad la aparición de la monografía de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart* (Berlín, 1963). Esta obra tuvo un efecto revulsivo, pero ya antes se había planteado con claridad el problema. Unos de los trabajos más relevantes y a la vez menos conocidos en esta línea es el de HÖPFNER, «Zur Tragweite der Normenlehre», *ZStW*-23 (1903), pp. 653 ss.— que defendió la reformulación subjetiva de la norma penal entre otras razones para poder eliminar la culpabilidad de los requisitos del delito debido a la indemostrabilidad del libre albedrío. En España ha tenido gran influencia el trabajo de GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (como en nota 41), pp. 140-161, al que luego hago referencia. Un resumen de las diversas perspectivas de la doctrina penal en relación con este problema puede verse en DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten* (Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987), pp. 29 ss.; también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma, 1990), pp. 93 ss. Centrado en la

La discusión presenta evidentes similitudes en ambos campos, y también las soluciones ofrecidas, que se construyen combinando las respuestas que se den a dos cuestiones: en primer lugar, según se admita o no el determinismo como hipótesis ontológica de partida, lo que, siguiendo una terminología acuñada, permite distinguir entre posiciones deterministas y libertarias; en segundo lugar, según se admita o no la compatibilidad entre determinismo y responsabilidad subjetiva, lo que a su vez permite diferenciar compatibilistas de incompatibilistas. Aunque ambas cuestiones son, en principio, independientes, lo que arroja cuatro combinaciones teóricas, lo cierto es que prácticamente sólo se mantienen tres. Quienes niegan el determinismo suelen ser a la vez incompatibilistas y de hecho no es infrecuente que se adopte una posición favorable al libre albedrío precisamente como consecuencia de la asunción previa de la incompatibilidad entre determinismo y responsabilidad. En estos casos, la respuesta a la primera pregunta queda condicionada por la segunda, pese a que aquélla se presenta como una genuina cuestión ontológica cuya respuesta depende sólo de la real conformación del mundo –invariablemente sometido a leyes causales, o abierto a contingencias no determinadas–, y no de nuestras creencias o de los efectos que ello pueda tener sobre el concepto de responsabilidad.

Hay una respuesta a cada una de estas preguntas que hace innecesario plantear la otra. Si se niega el determinismo y se acepta la posibilidad de un comportamiento libre no necesariamente condicionado por los antecedentes, no hace falta cuestionar la compatibilidad del determinismo con la responsabilidad. Pero, por otro lado, si se adopta una posición compatibilista, la cuestión de si el mundo está o no determinado resulta indiferente. Como generalmente se admite que hoy por hoy una respuesta definitiva a la cuestión de si el mundo está plenamente determinado es imposible, la polémica suele centrarse en la cuestión de la compatibilidad de responsabilidad y determinismo. Pero hay un factor que hace esta última discusión especialmente dramática y que permite entender los sucesivos intentos compatibilistas, y tiene que ver con la respuesta probable a la otra cuestión. Aunque generalmente se admite que todavía no es decidible de manera definitiva, e incluso aunque pueda defenderse que en un sentido fuerte nunca lo será, lo

teoría penal del siglo XIX, HOLZHAUER, *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit* (Berlín: Erich Schmidt Verlag, 1970).

cierto es que son muchos los factores que juegan a favor de una respuesta favorable al determinismo o a un indeterminismo que, para la cuestión que estamos tratando, resulta en todo idéntico al determinismo estricto. Como ha indicado Honderich, «El problema real del determinismo y la libertad es encontrar o idear una respuesta *satisfactoria* a la probable verdad del determinismo» (56). Por ello, los intentos por desarrollar y fundamentar una teoría compatibilista resultan especialmente apremiantes. Si la estructura de la realidad no parece en principio la que consideraríamos más idónea para soportar un concepto como el de responsabilidad subjetiva, ligado a la capacidad de actuar de manera distinta, resulta perentorio demostrar que, pese a ello, este concepto se asienta sobre bases sólidas.

En ocasiones parece apuntarse que no estamos ante un verdadero problema (57). Desde la perspectiva de la filosofía moral esta salida parece, cuando menos, discutible. Si un problema es una proposición o dificultad de solución dudosa hay pocas cuestiones que lo sean tanto. Es difícil explicar cómo es posible que un pseudo-problema haya inquietado tanto a tantos en cualquier lugar y a lo largo de tanto tiempo, y hasta el punto de verse en muchos casos personalmente afectados por él (58).

Lo que se plantea es un conflicto entre dos visiones de la realidad aparentemente antagónicas: por un lado la perspectiva que tenemos de nosotros mismos como seres al menos parcialmente libres y por ello responsables de las opciones que elegimos; por otra la perspectiva general del mundo, ligada al pensamiento científico,

(56) *¿Hasta qué punto somos libres? El problema del determinismo* (Barcelona: Tusquets, 1995) (traducción de Antonio-Prometeo Moya del original en inglés *How Free are You? The Determinism Problem*. Oxford: Oxford University Press, 1993), cit. p. 141 (subrayado en el original).

(57) Discute la posición de Moritz Schlick en este sentido CAMPBELL, «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?», en Herbert Morris (ed.), *Freedom and Responsibility. Readings in Philosophy and Law* (Stanford: Stanford University Press, 1961), pp. 473 ss. [inicialmente publicado en *Mind*, LX (1951), pp. 445-461]. También Ross llega a afirmar que «el argumento determinista de que la noción de imputabilidad (responsabilidad moral) no tiene significado es demasiado implausible para que nadie lo haya tomado en serio» —«The Campaign against Punishment», *Scandinavian Studies in Law*, 14 (1970), cit. p. 129.

(58) En palabras de von WRIGHT, esta cuestión ha atormentado a filósofos en los últimos tres siglos, en los que los descubrimientos científicos han hecho más plausible la hipótesis determinista —«Of Human Freedom» (como en nota 54), cit. p. 29—. Más adelante veremos algunos testimonios personales en esta línea.

que conecta cada acontecimiento –incluidas nuestras acciones– con otros acontecimientos precedentes que los originan siguiendo pautas necesarias expresables mediante leyes naturales, y así sucesivamente hasta el origen del universo. Pero si cada hecho está conectado necesariamente con los que le preceden, no se ve muy bien cómo puede ser alguien responsable de un hecho sobre la base de que podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo. De hecho, esta visión de las cosas apunta a que nada puede ser de manera distinta a como realmente ha sido, y ello no sólo parece destruir la otra perspectiva que nos ve como seres libres, sino que a la vez parece que deja al desnudo todas aquellas actitudes y prácticas sociales que se basan en ella: el reproche y la alabanza, el remordimiento y la satisfacción por lo realizado.

Por si esta confrontación no fuera suficiente problema, aún hay más. De las dos perspectivas, nuestro interés se centra en la primera, en la libertad. Es ésta la que queremos defender frente a la amenaza del determinismo. Querríamos que nuestra percepción de las cosas se correspondiera con la estructura de la realidad. El determinismo, o el cuasideterminismo, no provoca nuestra devoción. Si los invocamos es porque representan opciones empíricas creíbles o al menos razonables acerca de la probable estructura de la realidad, y nuestra racionalidad nos aconseja adaptar nuestras creencias a la realidad y no al revés. El problema es que la perspectiva que nos interesa defender, la del hombre subjetivamente responsable de sus actos y merecedor de alabanzas o reproches, no sólo no parece compaginable con la imagen de la realidad que ofrece la perspectiva determinista, sino con ninguna otra perspectiva imaginable. Si es difícil compatibilizar libertad y determinismo, mucho más difícil es encontrar una explicación indeterminista que satisfaga nuestra percepción de libertad. De esta objeción me ocuparé más adelante al tratar de las soluciones libertarias.

De ser cierto lo anterior, el problema se multiplica. Ya no tenemos sólo un conflicto entre cómo nos percibimos y una determinada perspectiva más o menos probable de cómo parece configurarse el mundo del que somos parte, sino un conflicto con cualquier estructura posible del mundo, ya que determinismo e indeterminismo agotan las posibilidades de descripción.

Tampoco para los juristas puede considerarse éste un pseudo-problema. Es cierto que, a diferencia de la filosofía moral, aquí no parece estar en juego el propio núcleo de la materia. Hemos visto que la responsabilidad jurídica puede desligarse, y de hecho se

desliga frecuentemente, de la responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sin embargo, no es menos cierto que en algunos sectores jurídicos —el más representativo es el Derecho penal— la culpabilidad ha adquirido a lo largo de la historia un papel imprescindible. Seguramente muchos penalistas estarían dispuestos a afirmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno (59), incluso por encima del de legalidad, entre otras cosas porque el consecuente seguimiento de aquél entraña las más importantes garantías de seguridad y certeza propias de éste, pero no al revés (60). Aunque, como veremos, se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad, y con más frecuencia su mantenimiento pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta, lo cierto es que estas soluciones no dejan de ser problemáticas. En particular, las dificultades, no siempre advertidas, no tienen que ver con la pérdida de una justificación utilitaria de la pena, que puede obtenerse sin demasiados problemas de su función preventiva (61), sino del otro aspecto de justificación aludido en la primera parte de este trabajo: al caer la libertad, arrastra consigo el criterio de merecimiento que permitía justificar la inusualmente desequilibrada distribución de cargas que entraña la pena.

Fuera del Derecho penal y de la justificación de la pena se plantean también otros problemas jurídicos de alcance más general. Por ejemplo, la propia idea de *deber*, base de cualquier construcción jurídica, parece verse conmocionada en sus cimientos por el determinismo. Aun admitiendo las dificultades que encierra su interpretación, hay algo indudablemente cierto en el clásico principio «debe entraña puede». La imposición de deberes, al me-

(59) Cita Ross —«The Campaign against Punishment» (como en nota 57), p. 147— la acertada opinión del jurista danés Carl Goos para el que el principio de culpabilidad es la Magna Carta de los ciudadanos frente al poder del estado.

(60) Como ha recordado ROXIN, es una idea antigua derivar el principio de legalidad del de culpabilidad —*Derecho penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), § 5, nmm. 24 y s., pp. 146 y s., y la bibliografía allí citada—. Muy claro en esta línea, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 249.

(61) Así lo entiende Liborio HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR al considerar «plenamente convincente» desde una óptica estrictamente preventiva el argumento de Gimbernat para prescindir en la culpabilidad de la capacidad de actuar de modo distinto —«Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 565 ss.—, al que, sin embargo atribuye otros inconvenientes decisivos.

nos si se entiende como instrumento directivo de conducta, sólo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber (62), y aquí el determinismo plantea un dilema en el que se han visto enredados algunos autores que han defendido a la vez la aplicación irrestricta del principio y una visión determinista de la realidad. Por ser uno de los que lo padeció de forma más aguda lo denominaré «dilema de Hold von Ferneck» (63), lo que además permitirá identificarlo en la discusión posterior. Si el nacimiento de un deber jurídico se vincula a la existencia de ciertos requisitos en el destinatario y en la situación que condicionan la capacidad para cumplir el deber (lo que parece muy razonable), y a la vez se admite que todo lo que acontece lo hace de manera necesaria y nada podía haber sido distinto a como fue, entonces, aparentemente, no cabe infringir deberes, ya que la infracción muestra de manera inmediata que no se daban las condiciones de cumplimiento, lo que a su vez hace desaparecer el deber (64). Este dilema no es en realidad más que una manifestación especialmente clara del problema general examinado. En un mundo sin contingencia (o sólo con contingencia puramente azarosa) no parece haber espacio para un deber-ser (65).

Por último, en Derecho penal el problema tiene también una evidente dimensión práctica. La exención de responsabilidad en las causas que excluyen la acción y en las de inimputabilidad tiene una base común, hasta el punto de que históricamente no se distin-

(62) Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9 y especialmente pp. 524 ss.

(63) En su obra, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*. Vol. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit* (Jena: Gustav Fischer, 1903), pp. 121 y 169 ss., y especialmente Vol. II, 1.ª parte: *Notstand und Notwehr* (Jena: Gustav Fischer, 1905), p. 27.

(64) Aunque la cuestión no tiene aquí demasiada importancia, la solución que dio a este problema Hold von Ferneck fue incorrecta, y de hecho supuso la renuncia parcial a su planteamiento de partida sobre el deber. Sobre ello v. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. V, ap. 5, especialmente pp 339 y s.

(65) De hecho, una de las posibles definiciones de determinismo es la que excluye del mundo el poder-ser. Así, por ejemplo, para Von WRIGHT el determinismo son «las ideas con arreglo a las cuales lo que es, también (de una manera u otra) *ha tenido que ser*» —«El determinismo y el estudio del hombre», en Juha Manninen y Raimo Tuomela (comps.), *Ensayos sobre explicación y comprensión. Contribuciones a la filosofía de las ciencias humanas y sociales* (Madrid: Alianza editorial), cit. p. 183.

guía entre ellas (66). Las primeras suponen la admisión del nivel más elemental, y por ello universalmente admitido, del principio «debe entraña puede». Si el autor ni siquiera tenía la capacidad física de evitar (o realizar) el hecho, no habría acción (u omisión), desapareciendo con ello el supuesto elemental de cualquier imputación. Las causas de inimputabilidad muestran una versión similar, aunque menos conspicua de este hecho. Habitualmente se considera que hay inimputabilidad cuando, por la existencia de anomalías psíquicas o de un desarrollo insuficiente, el autor no tenía capacidad para entender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (ésta es la regla que sigue el Código penal en el artículo 20 1 y 2). Al menos en los casos más claros de inimputabilidad –niños de escasa edad; grave perturbación mental– la ausencia de responsabilidad se vincula a la incapacidad del sujeto para dirigir su propio comportamiento. Las situaciones anormales que originan inimputabilidad han ido ampliándose a lo largo de la historia a la par que al avance de la ciencia. Modificaciones genéticas o enfermedades mentales que predisponen a cometer delitos eran históricamente desconocidas y consideradas como simple manifestación de una voluntad criminal libre. El caso de los cleptómanos es significativo. La pregunta es si el progresivo descubrimiento de circunstancias que condicionan la conducta no irá reduciendo el campo de la imputabilidad hasta hacerla desaparecer, borrando a la vez la distinción entre ausencia de acción e inimputabilidad.

Strawson y, en su misma línea, Nino han negado que de la eventual aceptación del determinismo se derive una modificación en las actitudes reactivas que van normalmente asociadas a la idea de libertad, como el reproche, la alabanza, el remordimiento, etc. Por un lado, estiman poco probable que esto de hecho llegase a suceder de manera natural, visto lo bien asentadas que están estas actitudes en nuestra vida social (respecto de la que más que un agregado son elemento constitutivo esencial). Por otro, tampoco ven argumentos para propugnar o inducir un cambio en esta línea como respuesta racional al determinismo (67). Nino añade, siguiendo a Soler, que la

(66) V. simplemente, a modo de ejemplo de una práctica entonces generalizada, la clasificación de las causas de inimputabilidad de WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch- Deutschen Strafrechts. Erster Theil: enthaltend die Einleitung und den allgemeinen Theil*, Stuttgart: J. B. Metzler'schen Buchhandlung, 1825 (reimpresión facsímil, Frankfurt/Main: Keip Verlag, 1985), §§ 68 ss., pp. 111 ss.

(67) P. STRAWSON, *Freedom and Resentment*, en Gary WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 59 ss.; NINO, *Introducción a la filo-*

eventual desaparición de la línea de demarcación entre imputables e inimputables tomando como base el determinismo obligaría a su vez a invalidar otras muchas instituciones jurídicas cuya validez depende de la libre voluntad de los participantes, como el matrimonio o los contratos, que siempre serían nulos por fuerza mayor (68).

Estas objeciones parten de perspectivas que tienen un gran interés para la cuestión de fondo, y a ellas me referiré más adelante, pero creo que no conmueven el argumento que ahora estamos evaluando. La primera se sitúa en el plano pragmático de cómo realmente actuamos en relación con los demás, y desde luego aquí es obvio que nos comportamos en gran medida presuponiendo la libertad, y si hasta ahora lo hemos hecho así es seguramente porque hay razones importantes para ello, pero, como reconoce el propio Strawson, ello no garantiza que no estemos equivocados en nuestra percepción. La segunda objeción da un nuevo paso y trata de mostrar además que es racional seguir comportándose de esta manera. Aunque no se ofrecen demasiados datos sobre por qué, más que el hecho de que forma parte de nuestra forma de ser —lo que seguramente es bastante explicación—, ello parece apuntar hacia una idea que me parece importante y que no ha recibido la suficiente atención, que es si, caso de incurrir en un error, no sería éste un error fructífero, lo que en el fondo parece que obligaría a propugnar una actitud de ceguera voluntaria frente al determinismo para no conmocionar este sentimiento. Esta posibilidad se inserta en el marco más amplio de la discusión, cada vez más viva, entre las posibles ventajas e inconvenientes de construir nuestras relaciones interpersonales sobre la base del determinismo. Pero la objeción de Strawson no toca el problema central que ahora nos importa. Es posible que sea racional y útil seguir con nuestras actitudes como hasta ahora, pero ello no permite sortear el problema de la injusticia en la distribución que se provoca al reconocer que toda nuestra actuación está condicionada por antecedentes que nos son ajenos o por antecedentes propios necesariamente provocados a su vez por otros ajenos. Y aquí el recurso de la venda ante los ojos difícilmente vale. Si el mantener nuestras actitudes reactivas basadas en la li-

sofía de la acción humana (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1987), pp. 106 ss.; también en *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (como en nota 35), pp. 374 ss.

(68) *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 67), p. 107; *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 379 ss.

bertad no sólo ha de ser útil sino también justo, no queda más remedio que buscar una justificación que ya no puede ser el merecimiento basado en la previa originación libre. Esta crítica permite también explicar por qué la objeción de Soler/Nino no resulta decisiva. La validez del matrimonio o de los contratos no es problemática porque su utilidad resulta evidente desde la perspectiva de nuestros intereses, y en su caso, a diferencia del de las sanciones, no se ve afectada la idea de justicia distributiva, que queda perfectamente satisfecha por el beneficio que obtienen de ello los contratantes y que se expresa en su consentimiento (69).

Con ello no quiero decir que no se puedan encontrar argumentos que permitan seguir distinguiendo y tratando de diferente manera al loco del cuerdo, al menor del adulto, al que actúa a impulsos de sus propios deseos –voluntariamente– o de condicionamientos externos –coaccionado–, sino que, si se acepta el determinismo (o el cuasi-determinismo) como hipótesis acerca de la realidad, las distinciones no pueden basarse en la posibilidad de actuar de manera distinta en el preciso sentido que es incompatible con esta hipótesis (aunque ello no impida que puedan encontrarse otras interpretaciones compatibles u otros principios), porque la realidad nos indica que desde esa perspectiva realmente no hay diferencias. Todo lo que alguien realiza está necesariamente condicionado por sus antecedentes.

Son muchos los *intentos de solución* que se han propuesto para el enfrentamiento entre nuestra percepción de libertad y la probable estructura del mundo al que pertenecemos. Hay dos grandes líneas de solución: o bien considerar la antítesis irreductible (incompatibilismo), y frente a ello negar el determinismo (libertarismo), o la libertad (determinismo fuerte), lo que a su vez puede arrastrar consigo la responsabilidad subjetiva, o propiciar la búsqueda de otra fundamentación ajena a la libertad (70); o bien estimar que ambas opciones son compatibles (compatibilismo).

(69) Aunque en el caso de NINO su posición resulta coherente ya que considera que también la pena se justifica distributivamente por el consentimiento del imputado –*Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 225 ss.

(70) Como ha apuntado KENNY, las dos variantes del incompatibilismo llegan a sus conclusiones mediante razonamientos que comparten la premisa mayor pero disienten acerca de la realidad reflejada en la premisa menor: «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que el determinismo es cierto; así que la libertad es ilusoria»; frente a «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que somos libres; así que el determinismo es falso» –*Will, Freedom and Power* (Oxford: Basil Blackwell, 1975), p. 145.

En la filosofía moral predomina esta última opción, con diferentes variantes, y ello es lógico porque, de ser posible, sería a la vez respetuosa con la imagen del mundo que arroja la ciencia y permitiría preservar una base sólida para la responsabilidad moral. En Derecho penal las tesis compatibilistas han tenido menor importancia. Las opciones más bien se reparten entre libertarios, que niegan el determinismo o presumen normativamente la libertad, y deterministas fuertes en sus dos variantes, bien en la versión más radical (y por ello menos frecuente) que prescinde de la culpabilidad, bien en versiones moderadas que le buscan un fundamento distinto de la libertad. Esta última variante se aproxima en realidad bastante a las tesis compatibilistas en sus consecuencias.

Ninguna de las soluciones propuestas resulta plenamente satisfactoria, y es posible que ninguna lo sea, al menos a gusto de todos. Seguramente es éste un caso en el que entre lo que a muchos les gustaría que fuera y lo que es hay una irreductible contradicción (71). Creo que las tesis *incompatibilistas* tienen razón en algo esencial: un concepto de libertad ligado a la posibilidad genuina de actuar de manera distinta es directamente incompatible con la presumible estructura ontológica de la realidad. Hasta la fecha ninguna tesis compatibilista ha conseguido superar este inconveniente. Si el determinismo o el cuasideterminismo son ciertos, entonces ninguna acción humana ha podido ser de manera distinta a como realmente ha sido en el preciso sentido requerido por el libre albedrío en su formulación más clásica, esto es, en el sentido de que ello dependa sólo del propio sujeto y no de condicionantes externos y previos o del mero azar. Pero la tesis *incompatibilista-libertaria* soluciona el problema renunciando a la visión científica del mundo; sustituyendo una explicación asentada en nuestra experiencia de la realidad y sus leyes por otra que, no sólo carece de referentes empíricos, sino que, y esto me parece una objeción decisiva, tampoco satisface las necesidades de una libertad como la que propugnan. Por su parte, la solución *incompatibilista-determinista*, que renuncia al libre albedrío, prescinde de un aspecto de la realidad que no sólo está ahí —que ha surgido determinadamente según sus propias premisas—, sino que ha mostrado que es difícilmente sustituible, y en ello tiene razón Strawson. No sólo no parece pragmáticamente posible, sino ni siquiera racionalmente aconsejable prescindir de las

(71) En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 134.

actitudes reactivas tradicionalmente asociadas a la libertad de voluntad (72).

De las posiciones *compatibilistas* el error principal ya ha sido destacado: su injustificable negativa a extraer las consecuencias que la tesis determinista implica. Ello les aproxima en ocasiones a las tesis libertarias que dicen combatir. Su principal mérito consiste en insistir pese a todo en la necesidad de la responsabilidad subjetiva para justificar las actitudes reactivas que tenemos frente a ciertos actos propios y ajenos, incluidas algunas medidas de responsabilidad jurídica como la pena.

La solución parece entonces presentarse como una –imposible– cuadratura del círculo. Para superar los inconvenientes denunciados cualquier propuesta debería reunir las siguientes características: en primer lugar, ser respetuosa con la previsible estructura de la realidad que nos ofrece la ciencia (requisito de científicidad); en segundo lugar, ofrecer explicación desde esa misma estructura a un sentimiento de libertad que resulta en algunos aspectos incompatible con ella (capacidad explicativa); en tercer lugar, ser capaz de rellenar sin pérdidas excesivas (alguna es inevitable) y de manera congruente con el primer requisito el hueco en la justificación de la responsabilidad subjetiva que deja la renuncia a la capacidad de actuar de modo distinto (congruencia y capacidad de justificación). Que no es fácil cumplir todos estos objetivos queda demostrado por la inacabable polémica histórica.

En lo que sigue intentaré esbozar una *teoría ecléctica* que satisfaga los criterios enunciados de científicidad, capacidad explicativa, congruencia y justificación. Coincido entonces con el propósito declarado de autores como Strawson, Honderich, o tantos otros que han tratado de encontrar esa vía intermedia de reconciliación de posturas aparentemente tan antagónicas. Pero ello requiere ante todo fijar con exactitud qué es lo que se intenta reconciliar, que en este caso es, por un lado la probable estructura de la realidad tal y como la percibimos desde la ciencia, –que parece apuntar a un determinismo o cuasi-determinismo– y por otro la percepción de no-

(72) En la misma línea, ha destacado SCHÜNEMANN insistentemente la relación entre libertad y una determinada «reconstrucción social de la realidad» que se encuentra asentada en la estructura básica de la sociedad –cfr. «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (Madrid: Tecnos, 1991; traducción, introducción y notas de J.-M. Silva Sánchez), pp. 147 ss., especialmente pp. 152 ss.

sotros mismos como seres libres y subjetivamente responsables de nuestros actos —que una muy extendida posición en la filosofía moral, la teoría jurídica e incluso en la visión intuitiva del hombre de la calle vincula a la capacidad para actuar de manera distinta—.

Una buena parte de la larga, y en muchos casos infructífera discusión sobre este problema se alimenta de las inexactitudes iniciales a la hora de fijar los extremos que se tratan de conciliar. Esto es especialmente notorio en el caso de los análisis de la estructura de la realidad, tanto del determinismo como del indeterminismo. Diríase que nuestro inicial y natural rechazo al determinismo, a vernos como mero engranaje de un complejo mecanismo cósmico, condiciona nuestra percepción teórica tanto al evaluar la hipótesis determinista (que se desdibuja mediante la ocultación velada de sus implicaciones menos gratas a nuestra percepción) como las alternativas indeterministas que se proponen [más próximas al lenguaje poético que al científico, como se ha destacado con frecuencia (73)]. Por eso, cualquier intento de solución requiere como primera tarea poner de relieve qué nos dice la ciencia sobre la estructura probable del mundo.

2. **¿Determinismo?, ¿indeterminismo?, ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsabilidad subjetiva**

a) *El principio causal*

Nuestra imagen de la realidad está condicionada por el desarrollo científico, y hasta ahora éste no permite obtener conclusiones definitivas sobre el tema que nos ocupa. Si así fuera, seguramente se habría aligerado hace tiempo la polémica. Pese a ello, hay ciertas ideas que presentan un alto grado de consenso y una de ellas es la visión causal del mundo. Esta imagen es la de un mundo en movimiento, no estático, en el que identificamos transformaciones con-

(73) Así, expresamente WEATHERFORD, Roy, *The Implications of Determinism* (Londres/Nueva York: Routledge, 1991), p. 161, al comentar la solución libertaria de Chisholm. También STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 79. Por su parte, DENNET habla de «doctrina francamente misteriosa» —*La libertad de acción. Un análisis de la exigencia de libre albedrío* (Barcelona: Gedisa, 1992); traducción de Gabriela Ventureira del original en inglés, *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Cambridge: MIT, 1984.

tinuas de unos estados de cosas a otros, regidos por leyes naturales que intentamos reconstruir inductivamente sobre la base del método científico. Ello se corresponde con el denominado principio causal (74), según el cual presuponemos que los diferentes estados de cosas que podemos observar en un corte cronológico (o al menos algunos de ellos) tienen su antecedente causal en estados anteriores y así sucesivamente en una cadena ininterrumpida que se remonta hasta el comienzo de los tiempos. El conocimiento de las leyes causales que operan la transformación de unos estados a otros es lo que nos permite predecir acontecimientos y, con ello, modificar la realidad de acuerdo con nuestros deseos. Un estadio menos elaborado de este mismo proceso se produce de manera natural en los animales, cuando aprenden instintivamente a evitar o buscar situaciones que en su experiencia pasada han sido respectivamente dolorosas o placenteras.

Si examinamos la naturaleza del principio causal, plantea más dificultades de las que a primera vista pudiera parecer. Su valor como principio sintético que habla acerca de la realidad es en cierta forma paradójico: habla de la existencia de leyes naturales y a la vez entraña una generalización empírica similar a la que se encuentra en la base de éstas, pero con la diferencia de que no parece refutable, lo que le hace inicialmente sospechoso. Como ha indicado Hospers, «ningún elemento de juicio empírico nos exigiría abandonarlo: podríamos seguir manteniéndolo no importa qué encontremos en la naturaleza» (75). El defensor del principio causal puede siempre atribuir la falta de explicación para un suceso a su propio desconocimiento o a limitaciones epistemológicas sobre lo cognoscible. Para evitar este inconveniente, y sortear también las di-

(74) Un desarrollo pormenorizado del principio causal y una defensa del mismo frente a las objeciones de Hume puede verse en WILSON, *Lo mental como físico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985; traducción de Alfredo Guéra del original en inglés, *The Mental as Physical*, Londres: Routledge & Kegan, 1979), pp. 185 ss.

(75) *Introducción al análisis filosófico* [Madrid: Alianza Editorial, 1984; traducción de Julio César Armero San José y revisión de Néstor Míguez del original en inglés, *An Introduction to philosophical Analysis* (2.^a ed.), Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall 1967], cit. pp. 384 ss. y 394 ss., cit. p. 395. POPPER ha considerado «metafísico» el principio de causalidad por no ser falsable desde una perspectiva empírica –*La lógica de la investigación científica* (Madrid: Tecnos, 1990, traducción de Víctor Sánchez de Zavala del original en inglés, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres: Hutchinson & Co.), pp. 58 ss. y 229 ss.–, por lo que ni lo adopta ni lo rechaza, sino que lo sustituye por «una regla metodológica que se

facultades propias de definirlo como una verdad analítica *a priori*, se ha propuesto entenderlo como un principio metodológico conductor de la investigación científica (76). Hay algo cierto en esta interpretación, que a la vez sirve para rescatar parte al menos de su validez como principio empírico. Si no se toma como principio absoluto (aunque pudiera serlo) sino como descripción de una parte de la realidad, el principio causal no es un elemento añadido al pensamiento científico ni una más de sus leyes, sino más bien una condición necesaria de su existencia. Hacer ciencia es buscar en la realidad las generalizaciones que conocemos como leyes naturales, y el principio causal se limita a afirmar que existen al menos algunas de estas leyes, lo que es tanto como decir que puede hacerse ciencia. La conexión, entonces, entre ciencia y principio causal es analítica, y ello muestra que su verificación empírica no es separable de la de las concretas leyes naturales a las que se refiere. Vale tanto y llega tan lejos como valgan y lleguen las diferentes leyes que la ciencia admite.

Distinta es la cuestión cuando el principio causal se presenta como una explicación exhaustiva y excluyente de la realidad; cuando se pasa del «por lo que hasta ahora sabemos, una parte de la realidad responde a la existencia de leyes causales» al «toda la realidad responde al principio causal». Es esta versión la que en principio es sospechosa porque no parece admitir refutación. Pero, si bien se observa, la versión fuerte del principio causal no es a su vez más que una generalización inductiva del mismo tipo de las que apoyan la existencia de cualquier ley natural, sólo que de *segundo orden*: es una generalización basada en la comprobación constante de otras generalizaciones. Igual que del hecho de que siempre que calentamos el hierro en condiciones normales éste se dilate inducimos una ley sobre la dilatación (77), del hecho de que siempre

corresponde tan exactamente con el «principio de causalidad, que éste podría considerarse como la versión metafísica de la primera». La regla es que «no abandonaremos la búsqueda de leyes universales y de un sistema teórico coherente, ni cesaremos en nuestros intentos de explicar causalmente todo tipo de acontecimientos que podamos describir» –cit. p. 59–. Analiza también el argumento de la no falsabilidad del principio causal O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), pp. 48 ss.

(76) Sobre ello, HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota anterior), pp. 395 ss. La posición de Popper citada en la nota anterior es una muestra de esta actitud.

(77) Naturalmente el método científico no se limita a esta simple comprobación de regularidades. La dilatación se inserta en un cuerpo teórico mucho más

que busquemos una explicación causal para un acontecimiento acabemos encontrándola inducimos que hay una ley general de la causalidad. El argumento está sometido a los mismos límites que cualquier otro razonamiento inductivo (78). En este sentido, aunque no pueda ser refutado, la creencia en él sólo será razonable si efectivamente seguimos encontrando generalizaciones causales de primer nivel —leyes causales—, y por eso podría y debería ser abandonado si de hecho se dieran ciertas condiciones. El siguiente pasaje de Hospers muestra plásticamente esta idea:

Supongamos que una vez soltamos el lápiz y cae al suelo; la segunda vez vuela por el aire; la tercera vez se convierte en elefante; la cuarta desaparece sin dejar rastro; la quinta nos pega en la nariz y nos reprocha haberle soltado; y así sucesivamente. Supongamos que esto no sólo ocurre con el lápiz, sino con cualquier otra cosa, de modo que no pudiésemos ya descubrir ninguna condición uniforme de la cual dependan los acontecimientos. Seguiría siéndonos dado decir: «A pesar de todo, hay condiciones para cada uno de estos acontecimientos, pero son tan tremendamente complejas que no las he encontrado. Las causas, no obstante, existen; sólo que se ha tornado difícil encontrarlas». Pero también podríamos *abandonar* el principio, no decir ahora que era falso (pues nunca hemos sostenido que fuera verdadero) pero podríamos dejar de considerar que valga la pena adoptar esa regla de juego (79).

amplio, que incluye otras leyes, y con el que resulta plenamente congruente, lo que multiplica exponencialmente la fiabilidad de la ley aunque nunca pueda lograrse una prueba definitiva de ella. Muy claro en este sentido, O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), p. 49.

(78) Entre otros, a la objeción clásica de HUME contra la concepción de la causalidad como realidad ontológica, en la que se pone de relieve que ninguna proyección inductiva sobre una supuesta ley natural que defina conexiones necesarias entre acontecimientos equivale a su demostración, por muy largas y sin excepciones que sean las regularidades sobre las que se asiente la supuesta ley natural —*Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Tomo I (Madrid: Calpe, 1923 [traducción de Vicente Viqueira del original en inglés *Treatise of Human Nature*]. I, Parte 3.^a, secciones II ss., pp. 127 ss., y esp. sección XXIV, pp. 250 ss.—. La bibliografía sobre el problema de la causalidad y la inducción en Hume es inabordable. Una introducción muy clara a este problema puede verse en Max BLACK, *Inducción y probabilidad* (Madrid: Cátedra, 1984 especialmente pp. 37 ss., con abundantes referencias. Crítico con la tesis de Hume, WILSON, *Lo mental como físico* (como en nota 74), pp. 188 ss.

(79) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. pp. 396 y s.

Ello muestra que el valor empírico de un principio causal fuerte es como el de cualquier generalización inductiva (80): vale mientras sea la explicación más plausible que tengamos. Algo debe ser, sin embargo, matizado, y creo que puede tener alguna importancia para la discusión posterior. Cuando Hospers apunta la posibilidad de renunciar al principio causal si los lápices comienzan a convertirse en elefantes, parece referirse al principio causal en cualquiera de sus manifestaciones, pero en realidad sólo puede referirse a su versión más fuerte, la que lo convierte en una ley universal sin excepciones. La propia existencia de un organismo complejo que además razona, como es el espectador que observa el comportamiento de los lápices, es incompatible con la ausencia absoluta de cualquier principio causal. El sujeto debería percatarse de que él mismo y su razonamiento no son imaginables sin presuponer ciertas regularidades en la naturaleza que son las que se encuentran tras las leyes causales. Su opción por seguir o no una generalización inductiva general es a la vez una generalización particular afectada por su propio razonamiento. Si la mutación de los lápices se correspondiera con la definitiva desaparición del principio causal, el propio espectador se convertiría en elefante, volaría por los aires o desaparecería sin dejar rastro, y entonces ya sí que el principio causal dejaría de tener importancia alguna.

Las observaciones anteriores nos sitúan ya adecuadamente ante el problema del determinismo o indeterminismo. Nadie que admita que existen al menos algunas leyes naturales que determinan la transformación de la realidad puede negar el principio causal, aunque desde luego nada impide que tenga una aplicación sólo parcial. Que una buena parte (casi con seguridad la mayor parte) de la realidad responde al principio causal no es discutible, salvo que se esté dispuesto a poner en duda el propio pensamiento científico. El sorprendente éxito de la ciencia de los últimos siglos a la hora de descubrir las leyes naturales y aplicarlas a predecir y modificar la realidad no admite otra interpretación. La pregunta es si toda la realidad responde a este esquema o si ciertos aspectos de ella se escapan al principio causal. El determinismo es la teoría que afirma lo primero y el indeterminismo lo segundo. Su pretensión de vigencia es, por ello, asimétrica. El determinismo estricto niega al indeterminismo, pero no al revés. El indeterminismo como *única* explica-

(80) En este sentido HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), pp. 397 ss.

ción de la realidad no es una propuesta siquiera imaginable porque nada capaz de imaginar puede surgir de un mundo estrictamente caótico (al menos con alguna probabilidad que no sea meramente fantástica). Por ello, el contraste más bien se presenta entre determinismo total por un lado y determinismo parcial –que según deje más o menos campo a lo indeterminado será indeterminismo prevalente o cuasi-determinismo– por otro. Reconocer esto es importante porque con mucha frecuencia se identifica el rechazo del determinismo en sentido estricto (algo que la ciencia no ve con malos ojos) con rechazo del principio causal, sin advertir que la negación del determinismo sólo alcanza precisamente a aquellos aspectos de la realidad indeterminados, pero no a los otros. Si la libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva se vincula precisamente a los aspectos determinados, y ésta es una opción que cada vez defienden más autores, el rechazo del determinismo no alivia nada el problema.

¿Qué nos dice la ciencia sobre esta alternativa –determinismo completo o parcial– y qué significado tiene para la polémica del libre albedrío? Para evitar confusiones posteriores quizá convenga empezar por decir algo sobre el significado de determinismo.

b) *Determinismo*

Con frecuencia se han desatacado los distintos sentidos en los que puede hablarse de determinismo: así se distingue el determinismo en sentido lógico, físico, psicológico o teológico (81).

– El primero puede ser dejado de lado sin más. La lógica sirve para deducir consecuencias desconocidas a partir de premisas conocidas, pero en ausencia de éstas nada dice. El determinismo es una hipótesis acerca de la realidad física. Si fuera cierta, de ella podríamos deducir lógicamente ciertas consecuencias, de la misma manera que podría hacerse si fuera falsa, pero en ningún caso sirve para determinar el propio supuesto: la verdad o falsedad del determinismo. Del hecho de que los acontecimientos futuros vayan a tener un día necesariamente el carácter de pasados, y por ello vayan a quedar definitivamente fijados –esto es, vayan a ser a partir de

(81) V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 171 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (Oxford: Clarendon Press, 1970), pp. 65 ss.

ese momento necesariamente ciertos o falsos en su existencia— no se deduce que antes de que acaezcan ello ya sea así. De hecho la hipótesis indeterminista dice precisamente que la realidad está abierta, y que por ello el estado físico total del mundo en un momento determinado no fija de manera inmutable el futuro. Esto quiere decir que la dirección del tiempo es decisiva: hacia atrás el mundo estaría determinado, y los acontecimientos habrían sucedido o no, mientras que hacia adelante la realidad sería contingente, podría o no acontecer. Es entonces erróneo realizar afirmaciones lógicas sobre la realidad futura basándose en la estructura que tendrá dicha realidad cuando sea pasada. Como ha indicado Weatherford, el determinismo lógico es o bien cierto pero trivial —si lo que se quiere decir es que las afirmaciones ciertas acerca del futuro son ciertas— o significativo pero falso —si del hecho de que al ser lo ya sucedido necesariamente verdadero o falso, se deduce que antes de suceder ya queda definida su condición— (82). El denominado determinismo lógico deja incontestada la pregunta esencial de si existen acontecimientos contingentes o si todo está sometido a la ley de la necesidad. Tiene, sin embargo, importancia porque suele estar en la base de la actitud psicológica ante la vida que conocemos como fatalismo, a la que luego haré mención.

— Tampoco el determinismo teológico tiene demasiado interés para nosotros, por más que posiblemente sea la teología el campo del pensamiento donde el dilema del determinismo se plantea primero (83) y donde presenta su faz más amarga: se mueve entre el Escila del determinismo, que parece anular la responsabilidad moral del ser humano haciéndole incapaz de pecado (84), y el Caribdis del indeterminismo, que parece poner en cuestión la omnisciencia y omnipotencia de Dios. Muchos autores han tratado de conciliar ambas afirmaciones, al menos aparentemente antagóni-

(82) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 175.

(83) VON WRIGHT ha destacado el antecedente de la discusión filosófica en la teológica, y ha puesto de relieve el paralelismo en sus presupuestos: cuando se fue difuminando la idea de un Dios omnipotente y omnisciente, su lugar fue ocupado por la mecánica determinista —«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 29 ss.—

(84) A esta amenaza para la libertad del hombre alude también KANT, —*Crítica de la razón práctica* (México: Porrúa, 1998), pp. 161 ss.—, que manifiesta dudas sobre su propia solución, reconociendo la dificultad del problema: «los maestros dogmáticos de la Metafísica han mostrado más astucia que sinceridad, apartando de la vista, en lo posible, este difícil punto», cit. p. 162.

cas (85). Pero a efectos de este trabajo la polémica no tiene importancia. Lo decisivo es si el mundo está o no determinado, y en el primer caso que lo esté porque la realidad responda en todos sus pormenores a los designios de un ser omnipotente, o que lo esté por la inexorable concatenación de los fenómenos físicos sometidos a leyes naturales inmutables, es indiferente.

– En cuanto al determinismo psicológico, en realidad no es algo distinto del determinismo físico, sino más bien su aplicación a la parcela de la realidad que constituye el comportamiento humano. Su supuesto es que los acontecimientos mentales no son más que fenómenos físico-químicos especialmente complejos y sutiles, pero en último extremo sometidos a las mismas leyes que el resto de la naturaleza (86). Por ello, el comportamiento humano sería la resultante de la interacción entre la constitución física del cuerpo –determinada por los genes– y el ambiente en el que se desenvuelve.

La plausibilidad del determinismo psicológico depende en último extremo de la del determinismo físico. La afirmación de éste supone a la vez la de aquél (87). Sin embargo la relación no funciona

(85) Un estudio pormenorizado del dilema teológico puede verse en ZAGZEBSKI, L. T., *The Dilemma of Freedom and Foreknowledge* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1991), que remonta el origen de la discusión hasta el siglo III d.C. –p. 3–, y en el que, entre otras propuestas de solución, se examina la del teólogo español del siglo XVI Luis de Molina, que ha tenido mucha repercusión posterior –pp. 125 ss. y n. 1 al cap. V, p. 199–. Según KENNY, representa la primera formulación detallada de la doctrina compatibilista de la libertad como indiferencia –*Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p. 123–. Otras referencias a la solución teológica en DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 147 ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 22 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 71 ss. Desde una perspectiva estrictamente lógica (y no teológica) plantea con agudeza el dilema BULYGIN, «Omnipotencia, omnisciencia y libertad», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 545-559. (Publicado inicialmente en *Crítica*, X núm. 28 (1978), pp. 545 ss.)

(86) Un excelente desarrollo de la tesis de la identidad entre lo mental y lo físico es el de Edgar WILSON, *Lo mental como físico* (como en nota 74). V. también la explicación de HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), especialmente caps. 3 a 5.

(87) Salvo que no existieran leyes psicológicas en el mismo sentido que las leyes naturales, en cuyo caso, como ha destacado WEATHERFORD, sería compatible un total determinismo del mundo físico con la ausencia de determinismo psicológico –*The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 187–.

igual en la otra dirección. Es imaginable un cierto grado de indeterminismo físico –por ejemplo, el postulado por la física cuántica para los fenómenos subatómicos– compatible con un determinismo en el nivel atómico, incluyendo los fenómenos psíquicos.

– El concepto de determinismo físico resulta ser así el concepto central, en torno al que giran los demás. Su descripción de la realidad es la que corresponde a un mundo en el que *todo* lo que sucede lo hace conforme al principio causal arriba enunciado. Un mundo tal y como fue descrito en el famoso *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* de Laplace:

«Todos los acontecimientos, incluso aquellos que por su insignificancia parecen no atenerse a las grandes leyes de la naturaleza, no son sino una secuencia tan necesaria como las revoluciones del sol. Al ignorar los lazos que los unen al sistema total del universo, se los ha hecho depender de causas finales o del azar, según que ocurrieran o se sucedieran con regularidad o sin orden aparente, pero estas causas imaginarias han ido siendo descartadas a medida que se han ido ampliando las fronteras de nuestro conocimiento, y desaparecen por completo ante la sana filosofía que no ve en ellas más que la expresión de nuestra ignorancia de las verdaderas causas».

«Los acontecimientos actuales mantienen con los que les preceden una relación basada en el principio evidente de que una cosa no puede comenzar a existir sin una causa que la produzca» (88).

En un mundo determinado, todo lo que acontece, incluido el comportamiento humano, lo hace de manera necesaria. Cada hecho está inescindiblemente unido a los que le preceden, y las transformaciones de unos estados a otros son inteligibles en términos de leyes naturales invariables que definen el universo. En un mundo así constituido no hay lugar para la contingencia. Cualquier hipótesis acerca de lo que puede suceder sólo es racionalmente interpretable como una predicción falible, fruto de un conocimiento incompleto de la realidad.

Una visión puramente mecanicista del mundo de estas características está muy extendida en las reflexiones más comunes acerca de la realidad, como muestra su presencia reiterada en mitos o tradicio-

(88) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (Madrid: Alianza Editorial, 1985; traducción, introducción y notas de Pilar Castrillo al original en francés, *Essai philosophique sur les probabilités*), cit. pp. 24 y 25.

nes de las que se hace eco la literatura histórica (89), en el propio pensamiento filosófico (90), o teológico y, desde luego, subyace claramente a la visión científica del mundo, incluso tras las aportaciones de la física cuántica que aparentemente vienen a demostrar la invalidez del modelo (al menos entendido en términos absolutos) (91).

Dejando por ahora de lado las implicaciones de este modelo desde la perspectiva de la responsabilidad (imputación), me interesa destacar en este momento sólo su efecto en la teoría de la causalidad. En un mundo como el de Laplace no habría ningún acontecimiento que no estuviera relacionado con los demás por una ley natural invariable (92). Los sucesos aparentemente únicos, no explicables o azarosos, no serían tales, sino una mera consecuencia de nuestra ignorancia de las leyes causales (error o desconocimiento nomológico) o de los acontecimientos de la realidad que definen la situación examinada (error o desconocimiento ontológico), de manera que, si en vez de un sujeto parcialmente ignorante, pusiéramos en su lugar un dios o demonio omnisciente, «una inteligencia que en un momento determinado conociera todas las fuerzas que animan a la naturaleza, así como la situación respectiva de los seres que la componen» en la conocida expresión de Laplace, entonces tal inteligencia «podría abarcar en una sola fórmula los movimien-

(89) V. en este sentido las referencias a Homero que cita JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), p. 16, o las de Tolstoi en *Guerra y paz*, que cita entre otros autores KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p. 145.

(90) Acerca de la evolución filosófica del determinismo v. DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), respectivamente pp. 61 ss. y pp. 148 ss.

(91) Sobre la reticencia de una parte de los científicos a aceptar las consecuencias indeterministas de la física cuántica, v., por ejemplo, HEISEMBERG, *Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science* (Nueva York: Harper & Row, Publishers, 1962), pp. 128 ss. El propio Einstein veía con recelo esta idea y de ahí su conocida expresión de que «Dios no juega a los dados». Véase la carta que envió a Popper y que aparece como apéndice de la *Lógica de la investigación científica* (como en nota 74) de este último —pp. 426 ss.— En general, una detallada exposición de las relaciones entre filosofía y física puede verse en la obra de Milic CAPEK, *El impacto filosófico de la física contemporánea* (Madrid: Tecnos, 1973; traducción de Eduardo Gallardo Ruiz del original en inglés, *The Philosophical Impact of Contemporary Physics*, Princeton: D. Van Nostrand Company, Inc., 1961), esp. pp. 294 ss.

(92) En este sentido WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (Madrid: Alianza editorial, 1983 traducción de M. Andreu, F. Carmona y V. Sánchez de Zavala del original en inglés *Conceptual Foundations of Scientific Thought: An Introduction to the Philosophy of Science*, 1968), p. 388.

tos de los cuerpos más grandes del universo y los del átomo más ligero; nada le resultaría incierto y *tanto el futuro como el pasado estarían presentes ante sus ojos*» (93).

He destacado la última expresión de Laplace porque pone de manifiesto un aspecto paradójico de la relación entre una visión mecanicista del mundo y las expresiones en términos de causas y efectos, que además puede tener importancia para enfocar adecuadamente el problema de la libertad. Hemos visto que un mundo determinado es aquel en el que rige sin excepciones el principio causal. Que Laplace también lo entendía así, se deduce del pasaje citado. Pese a ello, y al menos si el sistema determinado se examina desde una perspectiva externa –precisamente la del dios o demonio de Laplace–, no parece fácil distinguir causas de efectos. Al no existir fenómenos contingentes, todos los sucesos en los que podamos arbitrariamente despiezar la realidad están tan íntimamente relacionados entre sí que todos son a la vez condición necesaria y suficiente de los demás (94). Cada descripción singular del mundo en un instante dado contiene en sí todas las posibles configuraciones alternativas, y, por ello, absolutamente todos los «sucesos» singulares son condiciones necesarias en sentido fuerte de todos los demás. Desde esta perspectiva la propia referencia temporal desaparece, y con ella arrastra a la distinción de causas y efectos. Como ha apuntado Mackie (95), afirmar que entre dos acontecimientos X e Y se da una relación causal sólo tiene sentido si se parte de que ambos sucesos son distintas realidades, y no meramente distintas descripciones de una misma realidad. Al menos si se enfoca desde una perspectiva externa, el determinismo absoluto implica la sustitución del principio causal por el principio de identidad (96).

(93) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (como en nota 87), cit. p. 25; el subrayado es mío. Ni que decir tiene que la confianza ciega de Laplace en su modelo determinista se veía extraordinariamente reforzada, como él mismo recuerda, por los espectaculares éxitos de la ciencia de la época en explicar y someter a leyes acontecimientos como el movimiento de los astros o la gravitación, que hasta poco tiempo antes eran considerados azarosos o inexplicables. La vinculación de determinismo y física clásica es un lugar común de cualquier estudio histórico de filosofía de la ciencia.

(94) Así, expresamente, WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), p. 388.

(95) *The Cement of Universe. A Study of Causation* (Oxford: Clarendon Press, 1974), pp. 32 ss.

(96) En el mismo sentido WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), pp. 388-389.

Un mundo de estas características fue representado gráficamente por William James como un bloque de hierro macizo (*iron-block*):

«... El futuro no tiene posibilidades ambivalentes ocultas en su seno; la parte que denominamos presente es compatible con una totalidad tan sólo. Cualquier otra versión del futuro que la fijada desde la eternidad es imposible. El conjunto está en todas y cada una de las partes, y está soldado con el resto en una unidad absoluta, un bloque de hierro macizo donde no puede haber ningún equívoco, ningún asomo de cambio» (97).

Con esta imagen pretendía seguramente James hacer tangible el aspecto más desolador del determinismo. Estamos acostumbrados a ver el mundo como un espacio al menos parcialmente abierto, cuya futura configuración depende de nosotros; pero no como el avance de la manecilla del reloj depende del giro del engranaje sino en un sentido mucho más estricto: como la existencia de reales posibilidades, de opciones abiertas entre las que escoger. Pero en un mundo físicamente determinado no hay posibilidades. Hay, a lo sumo, apariencias de posibilidades que no reflejan más que un conocimiento limitado de la realidad. Un ser omnisciente no haría juicios de probabilidad, sino de necesidad, como destacó Laplace. No es extraño que la teoría epistemológica de la probabilidad comenzara su andadura precisamente a través de autores como Laplace en un momento histórico en el que los descubrimientos científicos apuntaban a un mundo estrictamente determinado regido por leyes físicas inmutables.

La imagen del universo como un bloque de hierro macizo se encuentra en la base de lo que en ocasiones se ha denominado «pesadilla del determinista físico» (98). Es significativo que muchos filósofos que han trabajado sobre este tema y que han aceptado como más plausible la hipótesis del determinismo, hayan descrito su vivencia personal tras este reconocimiento como una pesadilla. Honderich, sin duda uno de los filósofos que más tiempo ha dedicado al problema de la libertad, ha reconocido que le dejó «realmente des-

(97) «The Dilemma of Determinism», en *The Will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, Nueva York, 1923, p. 40 (tomo la cita de HONDERICH *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 112).

(98) Así, POPPER, «Sobre nubes y relojes», en *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista* (Madrid: Tecnos, 1992), p. 203.

hecho» (99), y Gary Watson se ha expresado en términos similares: «en ocasiones nos sentimos golpeados (y algunos de manera crónica) por el inquietante pensamiento de que la libertad de voluntad es una *ilusión...*» (100). Para otros la imagen ha sido lo suficientemente insoportable como para, sin más pruebas, rechazar el determinismo, lo que puede en algunos casos ser una sana medida profiláctica, pero poco científica: la eventual verdad del determinismo depende sólo de la real estructura del mundo, no de lo que ello signifique para un ser consciente. Una buena parte de las tesis libertarias tiene como principal, y a veces único apoyo, el horror frente a la imagen del bloque macizo.

Obviamente, no todo el mundo se siente igual de amenazado por la eventual verdad del determinismo. Todo depende de la perspectiva que se adopte. La idea inquieta a muchos pensadores, y deja por completo indiferentes o incluso satisface a otros. Satisface normalmente al científico natural, que no se resigna a que parcelas de la realidad queden al margen de la explicación científica. Seguramente también al psiquiatra, que trata de encontrar razones para explicar el comportamiento anormal, pero también el normal. Inquieta profundamente al filósofo moral, que tiene miedo de quedarse sin objeto de estudio —de aquí la inacabable polémica—. También al penalista, aunque seguramente menos. Le inquieta porque una tesis fundamental de la ciencia penal es que no es lo mismo una pena que una medida de seguridad, y que la diferencia se encuentra en que en aquélla podemos hacer un juicio de reproche sobre el autor que no sería posible en ésta, y ese juicio de reproche —la culpabilidad— está generalmente unido a la responsabilidad subjetiva, a la posibilidad de haber actuado de manera distinta. Pero le inquieta menos que al filósofo moral porque aparentemente es posible encontrar apoyos para una responsabilidad penal en la que la irrenunciable exigencia de culpabilidad se apoye en argumentos inmunes a la indemostrabilidad del libre albedrío (y, en este sentido, se alinea con las tesis compatibilistas de la filosofía moral), como muestra la argumentación de Gimbernat. En cuanto al teólogo, como ya hemos visto, su posición resulta ambivalente. El determinismo inquieta a aquellos que, sin olvidarse de Dios, buscan un lugar para una persona libre y autorresponsable, de ahí el ya mencio-

(99) *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 113.

(100) «Introduction», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), cit. p. 1.

nado desasosiego de Kant, pero a la vez puede satisfacer a quienes ponen el acento en un creador omnisciente y omnipotente que diseña el mundo en todos sus detalles sin dejar espacio para otros creadores originales (101).

c) *Indeterminismo. Crítica al libertarismo*

Si ésta es la imagen del determinismo estricto, ¿cómo se presenta la del indeterminismo? El indeterminismo postula que ciertos aspectos de la realidad no quedan sometidos a la ley de la causalidad en el mismo sentido que los demás. Hay dos candidatos a ocupar este espacio: en el mundo de la física estarían ciertos fenómenos subatómicos, como por ejemplo los procesos de desintegración radiactiva, establecidos por la física cuántica; en la filosofía, las acciones libres de los hombres. Pero hasta ahora la ciencia sólo ha admitido lo primero, y estamos investigando la visión científica del mundo.

Hasta que se desarrolló en el siglo XX la física cuántica y más en concreto una cierta interpretación –conocida como interpretación de Copenhague– de uno de sus postulados principales, el principio de incertidumbre de Heisenberg (102), la creencia en la validez general del principio causal, y por ello del determinismo, dentro de la ciencia era general (103) y quedaba reflejada en las palabras de La-

(101) Aunque la congruencia en este caso se acaba en lo creado por Dios, ya que el principio causal no se extiende a su propia existencia, que se concibe como *causa sui*, no creada a su vez.

(102) POPPER ha definido de la siguiente manera el «principio de incertidumbre»: «Toda medición física requiere un cambio de energía entre el objeto medido y el aparato de medida (que puede ser el mismo observador): puede dirigirse sobre el objeto un rayo de luz, por ejemplo, y absorberse parte de la luz dispersada por aquél en el instrumento de medición. Pero tal cambio de energía alterará el estado del objeto, que se encontrará, después de haber sido medido, en un estado diferente al que tenía antes; así pues, la medición hace algo así como darnos a conocer un estado que acaba de ser destruido por el proceso mismo de medición. [...] Por tanto, a partir del resultado de una medición es imposible inferir el estado preciso de un objeto atómico inmediatamente *después* de haber sido medido; y, en consecuencia, la medida no puede servir de base para hacer predicciones» –*La lógica de la investigación científica* (como en nota 75), cit. pp. 203-204–. Sobre la interpretación de Copenhague, *infra* nota 104.

(103) O'CONNOR habla en este sentido de actitud intelectual estándar –*Free Will* (como en nota 27), p. 10–.

place. Frente al carácter esencialmente determinista de la física clásica, ajustada al modelo newtoniano, la física cuántica postula la existencia de indeterminación física objetiva en el nivel subatómico. En vez de las leyes necesarias del modelo clásico aquí regirían leyes probabilísticas, pero no como expresión de un grado de creencia racional en situaciones de incertidumbre parcial (al estilo de las expresiones de probabilidad clásicas como las que se utilizan para describir el movimiento de las partículas de los gases o el movimiento browniano), sino como genuina expresión de la realidad objetiva. Como ha indicado Capeck, en esta interpretación «las leyes estadísticas observadas de la microfísica no son simples fenómenos superficiales, finalmente reducibles a los modelos causales clásicos; por el contrario [...] son consideradas como características últimas e irreducibles que constituyen la realidad física objetiva» (104).

Es importante destacar, de todas maneras, que el indeterminismo cuántico, de ser cierto —y ya vimos que no todo el mundo lo acepta—, lo sería sólo en un sentido muy limitado, por dos razones. En primer lugar porque el indeterminismo subatómico convive con un determinismo físico a nivel atómico (que sería además el propio del comportamiento humano); en segundo lugar porque incluso dicho indeterminismo refleja visibles regularidades que se expresan mediante leyes estadísticas.

¿Cabe imaginar otros tipos de indeterminismo que permitan sustentar la teoría de la libre voluntad que defienden los análisis libertarios? Sobre ello reina la mayor obscuridad, y la cuestión es esencial porque si efectivamente el determinismo es incompatible con la libertad, como propugnan, y a la vez determinismo e indeterminismo son descripciones que agotan el universo de lo posible, sólo se respetaría el criterio de científicidad demostrando que existe en la realidad algún tipo de indeterminismo que permita dar

(104) *El impacto filosófico de la física contemporánea* (como en nota 91), cit. p. 302. Esta explicación, también conocida como interpretación de Copenhague, no es la única aunque sí la más seguida. Muchos autores, entre otros algunos tan significados como el propio Einstein, mantuvieron o mantienen la esperanza de que algún día las relaciones de incertidumbre cuántica serían reducibles a un esquema determinista. Sobre ello, v. CAPECK, *ob. cit.* pp. 300 ss. y especialmente nota 15 en p. 307; también WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 201; crítico con esta pretensión, LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 11 ss. Sobre la interpretación de Copenhague en general, v. HEISENBERG, *Physics and Philosophy* (como en nota 91), pp. 44 ss.

cuenta de la solución propugnada. Pero esto no es todo. Se ha destacado insistentemente que no cualquier indeterminismo es compatible con la libertad. En particular, el único indeterminismo que hasta ahora cuenta con refrendo científico, el indeterminismo de la física cuántica, no sirve para este propósito; no es en ningún sentido una base sobre la que edificar una libertad responsable como la que estamos buscando (105). Esta idea ya había sido puesta de relieve por Hume, al destacar los peligros de ligar libertad y azar: «la necesidad es un elemento esencial de la causalidad, y, por consiguiente, la libertad, suprimiendo la necesidad, suprime las causas y es lo mismo que el azar. Como el azar se considera comúnmente que implica una contradicción, y en último término es contrario a la experiencia, existen los mismos argumentos contra la libertad y el libre albedrío» (106). El indeterminismo azaroso tiene, como ha indicado Brandt, «implicaciones devastadoras» para la ética (107). Modernamente es una idea que goza de total unanimidad, tanto entre deterministas como entre libertarios (108).

(105) Tan sólo puede aportar la esperanza de que si hay una excepción al principio causal, puede haber otras; idea que ha recogido, por ejemplo, DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 208 ss.

(106) *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Tomo II (Madrid: Calpe, 1923), cit. p. 196.

(107) *Teoría ética* (Madrid: Alianza Universidad, 1982), pp. 584 ss., cit. p. 584.

(108) V., entre otros, CAMPBELL, «Is “Free Will” a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 484; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), pp. 24 y 27 y s.; DREHER, *Die Willensfreiheit*, pp. 207 ss. (como en nota 55); P. FOOT, «Free Will as Involving Determinism», *The Philosophical Review*, LXVI, 4 (1957), pp. 439-450 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres, 1966, pp. 95-108, por donde se cita]; R. E. HOBART, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It», *Mind*, XLIII, 169 (1934), pp. 1-27 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres 1966, pp. 63-95, por donde se cita]; KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*. Schriften zur Rechtstheorie, Cuaderno 90 (Berlín: Duncker & Humblot, 1980), p. 91; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*. Forschungen aus Staat und Recht, Vol. 87 (Viena/Nueva York: Springer Verlag, 1989), p. 230 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), p. 56; MACINTYRE, «Determinism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres 1966, p. 240-256, cit. p. 243 [publicado originalmente en *Mind*, LXVI, 261 (1957), pp. 28-41]; MARTIN FISCHER/RAVIZZA, *Responsibility and Control. A Theory of Mo-*

Pero ¿hay algún otro tipo de indeterminismo imaginable que pueda sustentar la posición libertaria? No se trata ya sólo de objetar a quienes defienden esta tesis que hasta ahora no hayan conseguido encontrar un soporte científico para ella (109), sino de apuntar que no lo podrán encontrar porque nada puede satisfacer sus pretensiones. En palabras de O'Connor, «es extremadamente difícil complementar la versión determinista de la acción libre con una condición que satisfaga a los defensores del libre albedrío y que sea a la vez inteligible, posible y bien apoyada por la evidencia» (110). Ello enfrentaría a la libertad defendida por los libertarios a un callejón sin salida: ya no se vería amenazada sólo por la probable verdad del determinismo, sino, lo que es más grave, por su propia incompatibilidad con cualquier descripción científica del mundo (111).

El problema radica en lo que estos autores exigen de una acción para que sea libre. O'Connor ha definido lo que él denomina condición X de los libertarios de la siguiente manera: «Un acto es libre si y sólo si el agente pudo actuar de manera distinta, *manteniéndose todas las circunstancias idénticas*» (112). Se trata entonces de un

ral Responsibility (Cambridge: University Press 1999), p. 15 n. 24; NOWEL-SMITH, *Ethics*, Londres, 1954, pp. 281-282; PENROSE, *La nueva mente del emperador* (Madrid: Mondadori, 1991; traducción de Javier García Sanz del original en inglés, *The Emperor's New Mind*, Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 535; SARDURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 9; SMART, «Free Will, Praise and Will», en Gerald Dworkin (ed.), *Determinism, Free Will and Moral Responsibility* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1970), p. 199 [inicialmente publicado en *Mind*, LXX, 279 (1961), pp. 291-306]; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 199 ss., especialmente p. 202.

(109) Como ha recordado HOSPERS, «La única razón por la que el indeterminista quiere negar el Principio Causal es que desea hacer un hueco para la libertad: no tiene elementos de juicio de su punto de vista, sino que está convencido de que, si no niega el principio causal, la libertad humana no será posible» —*Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. p. 406—.

(110) *Free will* (como en nota 27), p. 82.

(111) Como ha indicado WATSON, en esta polémica «el compatibilista (o el escéptico) sospecha que la libertad requerida por el incompatibilista —una “auto-determinación” que no podría obtenerse en un mundo determinado— no puede obtenerse en ningún mundo» —«Introduction» (como en nota 100), cit. p. 9—.

(112) *Free will* (como en nota 27), cit. p. 82. HOSPERS —*Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), p. 418— cita referencias de otros autores en la misma línea. Así H. D. LEWIS: «Sólo podemos mantener las ideas de obligación y culpa como ideas propiamente éticas, si también podemos creer en acciones que podrían haber sido distintas de lo que fueron *aunque todo el resto del universo hu-*

acto no sometido al principio causal. Pero ello sólo nos deja dos alternativas. O bien es fruto del azar, en el sentido del indeterminismo cuántico, en cuyo caso no es la obra de su autor y falla el primer requisito de la responsabilidad, o bien ha sido causado por el propio sujeto, por un acto de su voluntad, sin que a su vez éste haya sido causado por circunstancias antecedentes ajenas al sujeto. Pero en este último caso, ¿cómo se explica el hecho? Sólo se es responsable de los propios actos cuando éstos proceden de sucesos internos del autor que le definen como persona: de sus razones para actuar, expresadas en deseos, creencias, motivos, etc. (113) Pero este paso atrás en la indagación no es suficiente. Sólo se satisface la condición de libertad si a su vez estos procesos internos no han sido meramente el efecto causal de hechos antecedentes y externos al sujeto. Pero ello, una vez más, sólo puede explicarse como fruto de un proceso azaroso interno, que no valdría, o de una decisión de segundo orden, lo que replantearía el problema en sus mismos términos y así sucesivamente en un regreso al infinito.

La defensa propuesta frente a este tipo de argumentos por parte de los libertarios no resulta satisfactoria. Por ejemplo, Campbell, tras defender un concepto de libertad contra-causal como condición necesaria de la responsabilidad moral (114), se enfrenta a la objeción de cómo puede considerarse acto de una persona algo que no procede de su carácter, y estima que se trata de la objeción más fuerte contra la libertad contra-causal (115). Su respuesta la busca distinguiendo entre una perspectiva externa, en la que no puede encontrarse dicha libertad, y la perspectiva interna del sujeto que delibera realizando lo que este autor denomina actividad creativa, dentro de la que se inserta precisamente la libre elección. Pero, como es habitual en estas teorías, la descripción de esta actividad creativa a la que se llega mediante introspección, es confusa y falta una explicación convincente de por qué el resultado de la misma no depende realmente de las circunstancias internas, pero externamente causadas, del sujeto. Ello hace pensar que tiene razón Smart

biese seguido siendo el mismo»; o J. D. MABBOTT: «La responsabilidad moral requiere que un hombre sea capaz de elegir acciones alternativas, siendo idéntico todo lo que haya en el Universo antes del acto, incluido él mismo».

(113) Como ha indicado VON WRIGHT, en las acciones fortuitas falta aquello que es la nota distintiva de las acciones libres, y es que se hayan hecho por razones – «Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 12 y 38-.

(114) «Is “Free Will” a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 482.

(115) «Is “Free Will” a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 485.

cuando afirma, criticando a Campbell, que no hay una tercera vía de libertad contra-causal entre la causalidad ininterrumpida y el azar (116).

Otro tanto sucede con la solución de Chisholm. Tras reconocer el problema central de la libertad de voluntad que es su aparente incompatibilidad con el determinismo, pero también con el indeterminismo (117), se plantea si no cabe una vía intermedia, algo que no sea externamente causado –no determinado– pero a la vez tampoco puramente azaroso o no causado –no indeterminado–. En su opinión tal cosa sólo puede darse en algo causado por el propio agente sin condicionamientos previos, lo que él califica de causación «inmanente» por oposición a la habitual causación «transeúnte» (118). Pero, al igual que sucedía con Campbell, la determinación de la mencionada causación inmanente se convierte más en poesía inspiracional, como le ha criticado Weatherford, que en algo científicamente contrastable (119). El propio Chisholm tiene que reconocer que, en un sentido estricto, su planteamiento aboca a considerar que no es posible una ciencia del hombre, ya que no pueden encontrarse explicaciones para la elección libre e inmanente del sujeto (120). Podríamos conocer absolutamente todas las creencias, deseos e intenciones del agente, todos sus estados mentales, y sin embargo no podríamos deducir de ahí lo que el autor va a realizar, que se presenta como una genuina opción libre. Pero entonces parece lícito preguntar, con Weatherford, por qué actuó de la manera que lo hizo el agente, y entonces, o bien lo hizo porque tenía razones para ello, en cuyo caso su acción es causada, o bien actuó sin razón alguna y entonces su acto es irracional y no cabe responsabilidad (121). ¿Cómo, sin apelar a razones preexistentes, decide el autor entre dos opciones? Incluso Searle, que comparte la idea de que en la actividad voluntaria las causas psicológicas antecedentes no son suficientes para causar el efecto, porque en el medio hay una brecha (*gap*) en la que residiría el libre albedrío, debe reconocer que «quizás en un nivel diferente de descripción, quizás en el nivel de las sinapsis y los neurotransmisores, las causas eran suficientes para los

(116) «Free Will, Praise and Will» (como en nota 108), pp. 198 ss. y especialmente 202 ss.

(117) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

(118) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 28.

(119) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

(120) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 33.

(121) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

movimientos corporales» (122), lo que no es más que el reconocimiento del principio causal que él parece querer negar (123). ¿O es que, acaso, dichas conexiones neurológicas surgen de la nada?

Pero no son éstas las únicas objeciones posibles a las tesis libertarias. Hay un argumento que siempre ha resultado perturbador para cualquier hipótesis indeterminista aplicada a la actividad del hombre, y es que presupone en ella algún tipo de singularidad que resulta francamente fantasmal si se enfoca desde una óptica científica. Lucas ha expresado esta idea: «El hombre, científicamente hablando, no es diferente del resto de las cosas. Al menos en cuanto concierne a la ciencia, no hay ningún privilegio de la humanidad que haga al comportamiento humano no sometible a la investigación y explicación científica. Debe haber causas para el comportamiento humano igual que las hay para cualquier otra cosa». Y concluye: «Pensar de otra forma es pura superstición» (124).

En este ámbito se manifiestan, una vez más, las viejas tendencias antropocéntricas que tratan de hacer del hombre algo completamente aparte del resto de la naturaleza. La teoría de la evolución de Darwin asestó un importante golpe a nuestra supuesta singularidad, haciéndonos parientes próximos de los animales (y de ahí la resistencia que tuvo que vencer para acabar imponiéndose), pero los viejos hábitos persisten. No es infrecuente que la evidencia científica sea dejada a un lado para hacer un hueco al pedestal de nuestra soberbia (125). Como recuerda Sthephan Jay Gould, aunque

(122) *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (Oviedo: Ediciones Nobel, 2000; traducción y glosario de Luis M. Valdés Villanueva), cit. p. 95.

(123) Pero el punto de vista de Searle es interesante para mostrar lo que más adelante denomino perspectiva interna, en la que reside nuestra percepción de libertad, y cuya indagación es esencial para comprender el problema del libre albedrío. Ahora bien, como veremos, la existencia de una perspectiva interna no ofrece argumento alguno a favor de las tesis libertarias, contra lo que podría deducirse de algunos pronunciamientos de Searle, pero sí obliga a analizar la actividad humana en sucesivos niveles de progresiva complejidad.

(124) *The Freedom of the Will* (como en nota 81), cit. p.1. Sin embargo LUCAS dedica su obra a defender el libre albedrío.

(125) GOULD recoge algunos sorprendentes ejemplos históricos de cómo autores con una sólida formación científica aceptaban en sus teorías biológicas excepciones, no apoyadas por base empírica alguna, para dar cuenta de la singularidad del ser humano, actitud que plásticamente define este autor como «construcción de una verja en torno a su propia especie». Así, por ejemplo, «La selección natural y el cerebro humano: Darwin frente a Wallace», en *El pulgar del panda* (Barcelona: Crítica, 1994), pp. 43 ss.; «En lo mejor de la vida», *op. cit.*, pp. 116 ss., cit. p. 118.

los planteamientos varían, «su intención es siempre la misma: separar al hombre de la naturaleza» (126).

Todavía podrían citarse otras dos cuestiones especialmente incómodas para el libertarismo: en primer lugar, ¿en qué puede consistir desde el punto de vista físico algo como la libertad?; en segundo lugar, una vez aceptado el postulado básico de la teoría de la evolución, ¿cómo puede explicarse la aparición de este fenómeno a partir de la materia inerte?

La primera cuestión representa un escollo difícil de superar por las propuestas libertarias. Un mundo explicado en términos de regularidades causales derivadas de la existencia de leyes naturales resulta perfectamente inteligible, por más que puedan abrumarnos sus implicaciones filosóficas. Estamos acostumbrados a esta visión del mundo. Una buena parte del progreso de la humanidad se explica como el paso de una visión mítica a otra científica anclada en la causalidad. Por el contrario, cuando intentamos ofrecer una imagen de la realidad que integre la libertad nos faltan las palabras porque, al margen de nuestro sentimiento favorable a la libertad, carecemos de referentes empíricos en los que basarnos. Si se explica un comportamiento violento apelando a la presencia de un gen que activa mecanismos químicos que alteran el proceso neurológico del cerebro, en combinación con ciertos factores ambientales, más o menos conocidos, y con la presencia de estímulos externos desencadenantes, todo ello completado con la actividad mental deliberante del sujeto, esta explicación —que puede ser tan larga y compleja como sea necesaria para captar los igualmente complejos condicionantes de la actividad humana—, encaja sin fisuras en el cuerpo de conocimientos genéticos, biológicos, psicológicos, sociológicos, etc., que la ciencia ha ido lentamente extractando, pero si se argumenta que el autor realizó su acto violento en una situación en la que genuinamente tenía varias posibilidades, en el sentido de que sus antecedentes, entre los que naturalmente se encuentran aquellos que permiten y condicionan su propio razonamiento consciente, no forzaban la opción por uno de ellos, comenzamos a perder pie irremisiblemente. Simplemente carecemos de experiencias similares con las que contrastar esta afirmación. Pensamos que algo de su constitución o de sus antecedentes o de ambas cosas combinadas puede explicar el hecho. Pensar en términos causales —todo cuanto acontece tiene una causa— es parte de

(126) *El pulgar del panda* (como en nota anterior), p. 118.

nuestra manera de ver la realidad. La actitud que tomamos ante los acontecimientos inexplicados, sin una base causal contrastada, es una buena muestra de esta forma de pensar. No achacamos el hecho a un inasible azar, sino a una causa desconocida. Incluso la explicación religiosa de algo tan poco mundano como se supone que son los milagros no remite a la ausencia de causas, sino a la causa divina.

La segunda cuestión resulta igualmente difícil de responder sin acudir una vez más a comodines metafísicos. Si desde la materia inerte hasta el hombre hay una línea evolutiva ininterrumpida, ¿en qué momento surge la libertad?; ¿cuál es y en qué momento se produce el salto evolutivo que introduce en el mundo la libre opción entre alternativas, supuestamente propia del género humano, no sometida a las leyes físicas y biológicas que definen la actuación del resto de la naturaleza? Y lo mismo puede decirse del proceso de maduración del embrión hasta hacerse persona. ¿En qué momento de la división celular o del proceso de educación del niño desaparecen las leyes de la química y la biología para dar paso a la genuina libertad de obrar? No es fácil dar una respuesta a estas preguntas; en realidad ni siquiera es fácil imaginar qué tipo de respuesta serviría. La progresiva complejidad de los seres vivos, que culmina en el cerebro humano, no parece admitir discontinuidades. El cerebro es materia viva especialmente compleja, pero materia viva al fin y al cabo. Neuronas que interaccionan. Ciertamente tenemos la conciencia, que parece suponer un salto cualitativo esencial respecto a otros seres vivos, pero al margen de las dudas que hoy pueda suscitar si somos los únicos poseedores de este recurso, lo cierto es que no parece que la conciencia deba quedar al margen de las leyes de la neurología. Científicamente nuestra psique, nuestra alma, reside en el cerebro, y por ello nuestras acciones voluntarias, nuestras decisiones, nuestro pensamiento consciente no pueden ser más que una función de la actividad neuronal. Afirmar que en un momento determinado las leyes de la neurología se interrumpen para dar lugar a un yo originador no externamente condicionado ni sometido a la causalidad, es una afirmación sin base científica conocida y tan sospechosa de «edificar una verja en torno a la propia especie» como las viejas teorías creacionistas (127) que, contra Darwin, ne-

(127) Desgraciadamente no del todo inactuales, a juzgar por la polémica que todavía hoy se vive en algunos estados de Estados Unidos sobre qué teoría debe explicarse en las escuelas.

gaban que el hombre pudiera tener antepasados comunes con los monos o los ratones.

La persistente incapacidad de las posiciones libertarias para ofrecer un concepto de libre albedrío compatible con la probable estructura del mundo reafirma la idea antes apuntada de que, no es que no se haya encontrado todavía, sino que es imposible encontrarlo porque requiere presupuestos inconciliables. Falta en ellas, entonces, el primer requisito exigible para una teoría de la responsabilidad subjetiva: una base científica sólida. Pero hay algo de sus planteamientos que me parece correcto y es su insistencia en la incompatibilidad entre determinismo (o cuasideterminismo) y responsabilidad subjetiva basada en la capacidad de actuar de manera distinta. Sobre ello volveré después, al criticar algunas de las más frecuentes teorías compatibilistas.

La conclusión principal obtenida hasta ahora es que el principio causal, base del determinismo, no sólo tiene un apoyo sólido en el pensamiento científico, sino que parece también resultar necesario para la responsabilidad (128). Ello no demuestra que el mundo esté completamente determinado —de hecho hoy en día la ciencia admite una teoría parcialmente indeterminista; una combinación de indeterminismo en ciertos fenómenos subatómicos y determinismo en el resto—, ni hace falta esta demostración. Es suficiente con que las acciones humanas responsables se vean sometidas al principio causal (129) para que quede planteado en toda su extensión el pro-

(128) Desarrollan detalladamente esta idea FOOT, «Free Will as Involving Determinism» (como en nota 108), y R. E. HOBART, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It» (como en nota 108).

(129) Ello no supone aceptar necesariamente los presupuestos de la denominada tesis de la Inteligencia Artificial fuerte (basada en las ideas de Turing sobre la capacidad de pensamiento de las máquinas), según la cual toda la actividad del hombre, incluido su pensamiento consciente, son expresables en términos de un algoritmo lo suficientemente complejo, lo que permitiría reproducirlo en un ordenador que pasaría a pensar, sentir y tener percepción de libertad como nosotros. No es descartable que, como apunta PENROSE, haya algo en el funcionamiento del cerebro, en su ontología, que permita el pensamiento consciente y no pueda ser expresado en términos meramente algorítmicos, aunque sin salir del mundo de la determinación física —*La nueva mente del emperador* (como en nota 108), esp. cap. 10, pp. 502 ss.—. Quizás sea SEARLE quien con más insistencia se ha pronunciado contra los postulados básicos de la Inteligencia Artificial fuerte (la propia denominación procede de él) —«Minds, Brains, and Programs», en D. R. Hofstadter y D. D. Dennet (eds.), *The Mind's I. Fantasies and Reflections on Self and Soul* (Harmondsworth: Penguin Books, 1982), pp. 353 ss.; *El redescubrimiento de la*

blema de fondo del libre albedrío. Ya no tenemos un bloque de hierro macizo universal, pero en la esfera de la realidad sometida al principio causal, en la que se sitúa también la actividad humana consciente, sí tenemos bloques parciales en los que los antecedentes se derivan necesariamente de los consecuentes. Con estos presupuestos no es extraño que cada vez más la batalla a favor de la libertad se intente librar en el marco de teorías compatibilistas y no en el de las libertarias, tan vulnerables en sus presupuestos empíricos. Pero antes de pasar a analizar algunas de aquéllas quisiera comentar brevemente dos líneas de solución del problema que se ha utilizado con frecuencia en el mundo jurídico, y que sin ser tesis libertarias –de hecho no es infrecuente que partan del presupuesto contrario– llegan a soluciones en cierta forma equiparables pero por una vía indirecta: afirman la responsabilidad mediante presunciones normativas, bien apelando a un poder medio, bien presuponiendo la libertad individual.

d) *Otras soluciones propuestas*

1.º Poder medio

Para evitar las dificultades que plantea la indemostrabilidad del poder de actuar de modo distinto en el caso singular se ha propuesto en Derecho penal acudir a un *poder medio*, en el sentido de aquello que es esperable en circunstancias normales por la comunidad jurídica (130). Pero esta solución incumple varios de los criterios que hemos considerado importantes para resolver satisfactoriamente el problema. Por un lado no respeta el principio de

mente (Barcelona: Crítica, 1996), esp. pp. 57 ss.–. Sobre el planteamiento inicial de la Inteligencia Artificial, v. A. M. TURING, *¿Puede pensar una máquina?* [Valencia: Universidad de Valencia, 1974; traducción de Manuel Garrido y Amador Antón del original en inglés, «Computing Machinery and Intelligence», *Mind* 59 (1950)]. En un breve pasaje de esta obra reconoce Turing, sin embargo, que, respecto a la conciencia, «hay algo de paradójico en lo que se refiere a cualquier intento de localizarla» –cit. p. 41–.

(130) V. en esta línea JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español a la 3.ª ed. por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vol. I (Barcelona: Bosch, 1981), p. 589. Otras referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 110 y n. 178.

cientificidad. Si se presupone que la capacidad de actuar de modo distinto es imposible de verificar respecto de un sujeto singular no se ve muy bien cómo puede constatarse respecto de un hombre medio. Para llegar a esta conclusión sería necesario al menos haber podido constatar esta capacidad en un número suficiente de personas reales como para poder configurar un criterio general, pero como se acepta que tal cosa es imposible cae por su base el fundamento apuntado.

Por otra parte, y ésta me parece una objeción decisiva, la tesis del hombre medio no ofrece argumentos para justificar la responsabilidad subjetiva. Un principio elemental de ésta es la individualidad del juicio de imputación. Imputar un hecho a alguien basándose no en sus propias circunstancias sino en las de otro, aunque sea un hombre medio, contraviene de manera grave este principio (131). El evidente desequilibrio en la distribución que entraña la pena pierde entonces cualquier posible justificación basado en el merecimiento. Para que pueda cumplir su función de garantía, el principio de culpabilidad debe seguir siendo un juicio eminentemente individual. Como ha indicado Torío, «en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. Hablar de culpabilidad general o social es, pues contradictorio» (132). Ello no quiere decir que, al igual que en cualquier juicio, no se utilicen criterios tomados de la experiencia común. Es imposible juzgar sin sentimientos o percepciones compartidas. Pero una vez fijados normativamente los criterios relevantes del juicio, juzgar consiste en verificar si concurren personalmente en el juzgado, y no en otro hombre real o medio.

2.º Presunción normativa de libertad

Una idea que aparece frecuentemente en las discusiones jurídicas sobre la responsabilidad y su dependencia de la capacidad de actuar de manera distinta, es la de que, sea cuál sea la real conformación del mundo, la libertad debe *presuponerse normativamente*.

(131) Sobre ello, con abundantes referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 111. La incongruencia de esta posición con los postulados de partida del indeterminismo ha sido destacada acertadamente por ROXIN, *PG I* (como en nota 60), §19, nm. 20, p. 800.

(132) «El concepto individual de culpabilidad», en *Crime and Criminal Policy (Homenaje a López-Rey)*, Roma, 1985, cit. p. 683.

Tanto si el hombre es libre como si no lo es, debe tratarse como libre. Así, por ejemplo, Roxin explica su concepción de la culpabilidad como «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa» (133) de la siguiente manera: «Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él». En opinión de Roxin, tanto el determinista como el indeterminista pueden aceptar esta suposición «pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber– sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, *se le trata como libre*. La suposición de libertad es una «aserción normativa», una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales» (134).

La formulación de Roxin expresa bastante bien el núcleo de las diferentes teorías, que aquí no pueden ser analizadas (135), pero que comparten como elemento común la presunción normativa de libertad. Creo que hay una crítica contra ellas que resulta decisiva,

(133) PG I (como en nota 60), § 19, nm. 34 ss., p. 807

(134) PG I (como en nota 60), § 19, nm. 35, pp. 807 y s. La expresión en cursiva se destaca en negrita en el original. En términos similares se pronuncia L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «el juez, al condenar a un inculpaado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*» [...] «El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*» –«Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), cit. p. 568–. Con estas palabras parece apuntar a una presunción normativa de libertad no modificable por los hechos, y sin embargo poco después admite que podría demostrarse en el caso concreto la ausencia de libre albedrío –*op. y loc. cit.*–. Pero si esto es así, ya no estamos ante una presunción necesaria, ante un presupuesto esencial del sistema como se afirma, sino precisamente ante un dato empírico, sólo que presumido *iuris tantum*, y el problema aquí es que la evidencia científica a favor del principio causal hace que la carga de la prueba de que existe la posibilidad de actuar de manera distinta no se sitúe donde la coloca Hierro, sino en la posición contraria; corresponde tal prueba a quien afirma la libertad así entendida.

(135) Sobre ello, v., por ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), pp. 104 ss.; Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1990), pp. 90 ss.

y que seguramente explica por qué no es ésta una solución a la que se acuda fuera del Derecho, y tiene que ver con el significado y el valor de las presunciones.

En Derecho se aceptan dos tipos de presunciones, las que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*) y las que no (*iuris et de iure*) (136). Si se ponen en relación con aquello que se presume, hay entre ellas una diferencia importante: en las primeras lo presumido importa hasta cierto punto; en las segundas nada. Pero si esto es así, y enseguida me ocuparé de ello, las presunciones normativas de libertad no pueden ser la respuesta al problema planteado porque, si se conciben como *iuris tantum*, entonces la capacidad de actuar de manera distinta sí que importa, es necesaria, y entonces sigue abierta la cuestión de fondo: ¿es o no el determinismo, como probable estructura de la realidad, compatible con dicha capacidad?; y si se concibe como *iuris et de iure*, lo que significa es que la libertad realmente no es aquí importante, lo cual es falso, como demuestra el interés en establecer la presunción.

Las presunciones *iuris tantum* tienen un significado claro y el recurso a ellas en derecho puede estar perfectamente justificado. Su finalidad es distribuir, con arreglo a ciertos criterios, la carga de la prueba de un hecho o circunstancia que tiene trascendencia jurídica en situaciones de incertidumbre relativa. Una presunción a favor del reo, como la de inocencia, desplaza a la acusación la carga de probar la comisión del delito, con lo que se puede a la vez interpretar como una presunción en contra de la acusación. Se mire desde la perspectiva que se mire, lo cierto es que estas presunciones reconocen expresamente la importancia de que lo presumido se dé en la realidad –por eso la prueba en contrario tiene efectos–. La presunción sólo hace una asignación provisional de verdad por razones prácticas. Ya hemos visto que en el campo de la responsabilidad jurídica son habituales como criterio de imputación, y no plantean problemas de justificación.

Nada de esto ocurre con las presunciones *iuris et de iure* que, si no se reinterpretan adecuadamente, resultan un sinsentido. Tomemos como ejemplo el antiguo artículo 108 del Código Civil español, que establecía una presunción de filiación legítima para los hijos nacidos en el matrimonio contra la que no se admitía otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en un plazo definido. En este caso la presunción

(136) V. art. 1251 CC.

lo que venía a indicar es que el hecho real de la paternidad biológica carecía de relevancia, salvo en el caso extremo de la imposibilidad de acceso carnal, porque prevalecía el interés de preservar la institución familiar, y en este campo el real vínculo de sangre no es imprescindible. Pero si se quisiera extender el alcance de la presunción a ámbitos en los que la consanguinidad fuera decisiva –por ejemplo, a la obligatoriedad de someter a pruebas genéticas a los hijos de un portador de una enfermedad hereditaria– la norma se mostraría sencillamente irracional.

Si aplicamos estas observaciones a la presunción de libertad resulta lo siguiente. Si se concibe como una presunción *iuris tantum*, podría tener sentido, pero no resolvería el problema planteado. La ausencia de argumentos definitivos a favor del determinismo hace que una presunción a favor del indeterminismo resulte concebible, mientras no haya prueba en contra, pero según el estado actual de la ciencia resulta altamente improbable, por lo que vulneraría el criterio de cientificidad en el mismo sentido que lo hacen las teorías libertarias ya descartadas. Si se concibe, entonces, como una presunción *iuris et de iure*, y ésta parece ser la visión habitual que le dan sus defensores, ello significa que realmente la libertad en sí, la capacidad de actuar de modo distinto, carece de importancia. Sin embargo, hasta ahora el problema era cómo compatibilizar la libertad del hombre con la probable estructura de la realidad, y esta solución lo que hace es prescindir de la libertad, con lo que se aproximan *de facto* a las tesis incompatibilistas-deterministas que prescinden de la culpabilidad o la vinculan sólo a las necesidades preventivas. Pero, a diferencia de éstas, su planteamiento no se hace explícito, sino que se oculta con la referencia a la libertad presumida. Así puede interpretarse la alusión de Roxin a que se trata sólo de «una regla social de juego». Ahora bien, ¿para qué sirve dicha regla?; ¿qué sentido tiene tratar como libre a quien de verdad no lo sea?; y, finalmente, ¿con qué criterios se determina quiénes deben ser tratados como libres?

La capacidad de actuar de manera distinta puede ser decisiva para la responsabilidad o no serlo, pero si lo es no pueden simplemente cerrarse los ojos a la posible prueba de que en un caso no concurre este requisito mediante el expediente de una presunción normativa no rebatible. Roxin apunta que la situación con la libertad es idéntica a la que se da con la igualdad. En su opinión, cuando el ordenamiento parte de la igualdad de todas las personas no sienta «la absurda máxima de que todas las personas sean real-

mente iguales», sino que ordena que todas reciban un mismo trato (137). Pero ésta es una afirmación por lo menos discutible. Si el ordenamiento ordena un trato igual para todos es precisamente porque considera que todos *somos* realmente iguales en lo que importa. Es lo que Roxin denomina «absurda máxima» lo que justifica el mandato de igualdad. No somos iguales en inteligencia, en belleza, en educación, en posesión de bienes, pero somos exactamente iguales en cuanto personas y éste es el único criterio determinante para el mandato de igualdad. Con la libertad debería pasar lo mismo. Si efectivamente llegamos a la conclusión de que en nuestros actos pudimos actuar de manera distinta, y que este dato es relevante, debe tenerse en cuenta, pero si no es así, cualquier presunción en contra es irracional e injusta. Muestra que verdaderamente tal criterio no tiene importancia.

Ello enlaza con la última cuestión antes planteada, ¿cómo se determina quiénes deben ser tratados como libres? Repárese en que aquí, a diferencia de la igualdad, se admite que a algunos no hay que tratarlos como libres. La pregunta es ¿por qué?; ¿es acaso el legislador quien lo decide normativamente a su gusto, o pueden establecerse realmente diferencias empíricas entre unos y otros sujetos?; si es bueno tratar a las personas como libres aunque puedan no serlo, ¿por qué no hacerlo así también con los denominados inimputables? Salvo que las construcciones normativas se entiendan como algo que puede ser definido totalmente al margen de la realidad, algo que queda por completo a disposición de quien emite la norma (cosa que a veces parece desprenderse de la manera en que se concibe la normatividad, pero que seguramente nadie estaría dispuesto a reconocer explícitamente), tendrá que haber algún criterio que permita explicar por qué el trato como libres se aplica a unas personas y no a otras. ¿Cómo se podría si no desde una posición normativa criticar una concepción de la culpabilidad según la cual, por ejemplo, se estimara culpable de un hecho lesivo sólo a quien se encuentre físicamente situado en un radio de acción de 15 metros del hecho y que además tenga los ojos verdes, o que fijara la edad de imputabilidad entre los dos y los tres años? Frente a absurdas regulaciones de este estilo el intérprete, incluso el que acepta una definición normativa de culpabilidad, no se encuentra inermes, y no lo está porque si bien el legislador tiene libertad para emitir normas con el texto que más le guste, no la tiene para dotar

(137) *PG, I* (como en nota 60), § 19, nm. 35, p. 808.

de sentido a lo que legisla por el simple hecho de prescribirlo. El legislador puede emitir normas de cumplimiento imposible —ordenar a quien está en coma que socorra a un tercero—, incoherentes —vestir ropas que sean a la vez exclusivamente azules y exclusivamente amarillas—, pragmáticamente contradictorias —imponer, con el fin de preservar la salud, vacunas que científicamente no sólo no previenen la enfermedad, sino que la contagian—; puramente arbitrarias —el caso antes citado de los ojos verdes—. En cualquiera de estos casos es fácil poner de relieve lo inapropiada que resulta la norma, y es así porque las normas, como las categorías dogmáticas que se construyen a partir de ellas, no están al margen de la realidad, o, dicho de forma más precisa, su realidad no es únicamente la voluntad del legislador, sino ésta en relación con el mundo regulado.

¿Cuál es, entonces, el criterio normativo utilizado? La referencia genérica a una regla social de juego no es suficiente, porque nada se dice de por qué sólo juegan algunos. La explicación más plausible es que sólo pueden jugar los que reúnan las condiciones para el juego, pero entonces, de nuevo, *deben poseerse* estas condiciones y no presumirse normativamente. Si se entiende que la capacidad de actuar de modo distinto es un presupuesto para jugar al juego de la responsabilidad, debe exigirse su comprobación. En las causas de ausencia de acción nadie suple las circunstancias del sujeto singular por las del hombre medio, ni nadie presume normativamente la capacidad de acción. Por el contrario, la aplicación de estas circunstancias se hace depender de la real presencia de circunstancias fácticas que impidan al sujeto operar de manera distinta a como lo hizo. En este caso la evidencia del argumento que trato de generalizar es tal que incluso el más normativista prescinde de su punto de partida. Una norma dirigida a una persona en coma es papel mojado y si aquí se presumiera normativamente la libertad habría que dudar de la cordura del que lo propusiera. ¿Por qué en los sujetos que la ley presume «culpables» la cosa se supone que es distinta?; ¿porque lo dice la ley? Si en una situación de ausencia de acción la ley predicara responsabilidad —afirmara normativamente que también una persona en coma es culpable—, no por ello cambiaría la realidad. La diferencia entre el inconsciente y el que consideramos responsable es que presuponemos —porque creemos que la realidad es así— que éste y no aquel tenía en sus manos la posibilidad de no haber infringido la norma. Por eso, y no por la pura decisión normativa, es por lo que establecemos diferencias los teóricos y las acoge el legislador como base de sus normas. Por eso no

tendríamos ningún problema en mostrar lo absurdo de la norma de los ojos verdes o de la que definiera el límite de la inimputabilidad en la minoría de edad en los dos años. Claro que el legislador puede llamar responsables a los mayores de dos años e «imputarles» culpabilidad, pero es evidente que el significado de dicho término no tendría nada que ver con el que habitualmente usa la doctrina cuando se afana en determinar qué es la responsabilidad subjetiva.

En realidad quienes apelan a presunciones normativas en la culpabilidad no prescinden de la realidad, de lo ontológico. Repárese en que, pese a todo, Roxin requiere que haya «asequibilidad normativa», esto es, según su propia explicación, que el estado psíquico del sujeto al realizar el hecho fuera tal que tuviera la posibilidad de decidirse por la llamada de la norma. Pero esto no es más que una forma distinta de decir que es necesario que el sujeto hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo, y precisamente el determinismo lo que muestra es que realmente no existe esa capacidad, con lo cual viene directamente a negar la asequibilidad normativa de cualquiera que haya infringido la norma. En un mundo determinado la infracción de la norma es la prueba definitiva de que el infractor no era asequible a su llamada. Ello demuestra que la salida de Roxin es errónea; tampoco su solución es inmune al problema del libre albedrío: la asequibilidad normativa, que requiere como base de la responsabilidad, o bien es un dato fáctico equivalente en todo al de la capacidad de actuar de manera distinta, y por ello igual de sensible que éste a la posible verdad del determinismo o, si se reinterpreta a su vez como dato normativo, deja incontestada la pregunta inicial que trataba de responderse al introducirlo en el debate: ¿por qué no presumimos entonces normativamente en todos la asequibilidad normativa? Una vez más, la asequibilidad normativa puede o no ser un elemento central de la responsabilidad, pero si se admite que lo es, como hace Roxin, entonces debe comprobarse que se da y no presumirse normativamente, porque en caso contrario no hay manera de justificar por qué a algunos se les priva de jugar al juego de la libertad. La limitación de los jugadores debe responder a la presencia de un hecho diferencial que no puede ser simplemente presumido.

Detrás de las presunciones normativas se esconde unas veces una no reconocida ontología del libre albedrío, y otras un cambio de esta ontología por otra que renuncia a la libertad a favor de la posibilidad empírica de operar preventivamente sobre otro mediante la pena. Esta segunda opción entronca con la antigua tradición que,

partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, intenta seguir manteniendo la categoría culpabilidad anclada en otros presupuestos, o bien prescinde de ella y generalmente también de la pena en favor de un sistema monista de medidas de seguridad. Pero hay otra alternativa que no se resigna a prescindir de la libertad en un sentido real, y no meramente presumido, sino que trata de demostrar que puede ser compatible con la eventual verdad del determinismo.

3.º Compatibilismo

Una teoría *compatibilista* es aquella que considera que la eventual verdad del determinismo en la actuación humana no amenaza el concepto de libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva. Esta forma de ver las cosas resulta, en una primera aproximación, sorprendente, y los autores incompatibilistas creen que definitivamente lo es; que una vez aceptado el determinismo no queda hueco para una acción libre. Y tienen razón, al menos si el concepto de libertad exigido es el que ellos propugnan. Una acción a la vez original, no necesariamente causada por hechos externos al sujeto, y determinada por el principio causal es sencillamente una contradicción en los términos. De ahí que los incompatibilistas libertarios nieguen el determinismo, incluso sin ofrecer nada a cambio, y los incompatibilistas deterministas nieguen la libertad, pese a nuestra percepción interna de ella. Lo que propone el compatibilismo es, entonces, un concepto de libertad distinto, con menos exigencias que el de los libertarios, que sea a la vez compatible con la estructura del mundo, capaz de dar cuenta de nuestra percepción interna de libertad y de servir de soporte a la responsabilidad subjetiva, lo que coincide con los requisitos de solución del problema enunciados más arriba. Creo que algunos planteamientos están en condiciones de cumplir las dos primeras exigencias, pero no la tercera, y en eso tienen razón los libertarios.

Si acerca de qué es el determinismo hay bastante acuerdo, pese a las protestas de algunos autores que afirman no saber bien cuál es la tesis determinista (138), menos acuerdo hay acerca de qué es la

(138) Éste es precisamente el caso de STRAWSON, que empieza su conocido artículo con este reconocimiento. Sin embargo, nada después hace pensar que tenga dudas sobre el particular, y más bien parte de los mismos presupuestos que todo el mundo, por lo que su confesión más parece un recurso para captar la atención del lector que una genuina exposición de perplejidad –*Freedom and*

libertad, que supuestamente sirve de base a la responsabilidad moral o la culpabilidad. Las discrepancias en este punto provocan que tanto los que afirman su incompatibilidad con el determinismo como los que la niegan puedan estar a la vez en lo cierto: definida de una manera sería incompatible con el determinismo, pero de otra no. La cuestión es si cualquiera de estas formas de definir la libertad es capaz de dar soporte a la responsabilidad moral.

El concepto de libertad manejado por los libertarios, que es a su vez el más generalizado en las percepciones intuitivas que tenemos acerca de nuestras propias acciones, puede definirse por medio del habitual recurso a la figura de un yo originador, con genuina capacidad de opción entre alternativas. La *originación* es la idea central de este concepto. Lo decisivo para la adscripción de responsabilidad, para imputar un hecho al autor, no es que su cuerpo haya intervenido causalmente en el hecho, ni siquiera que lo haya hecho de una manera voluntaria en el sentido limitado de que surja de sus propias motivaciones internas, sino que lo haya originado, que la cadena causal acabe en él. «Cuando consideramos a alguien moralmente responsable por una acción –afirma Susan Sauvé Meyer–, asumimos que la secuencia de causas que desembocan en la acción, en cierto sentido empieza en el agente» (139). Que en ocasiones tenemos ese sentimiento de originación y que muchas de nuestras actitudes vitales están condicionadas por este hecho, no debería ser dudoso (140). Este concepto de libre albedrío es el que refleja la idea de poder actuar de modo distinto en su significado más estricto, y en esta medida es totalmente incompatible con el determinismo. En esto tienen plena razón los incompatibilistas, y aquí reside una buena parte del problema examinado. Muchos autores creen que es precisamente esta concepción intuitiva la que de verdad importa, y que una responsabilidad moral privada de esta circunstancia no es suficiente. Los compatibilistas creen, sin embargo, que un concepto menos exigente de libertad, compatible con la eventual verdad del determinismo, es suficiente para justifi-

Resentment (como en nota 67), p. 59–. En la misma línea, crítico con la posición de Austin, que también consideró que el determinismo es algo poco claro, WIGGINS –«Towards a Reasonable Libertarianism», en Ted Honderich (ed.), *Essays on Freedom of Action* (Londres/Henley/Boston: Routledge & Kegan Paul, 1973), p. 36.

(139) *Aristotle on moral responsibility* (como en nota 53), cit. p. 149.

(140) Así HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 133 ss. y p. 137 y s., que estima que en realidad poseemos la percepción de las dos clases de libertad en disputa, el yo originador y el meramente voluntario.

car la responsabilidad moral. Creo que sólo en parte tienen razón. De las ideas que normalmente asociamos al concepto de responsabilidad subjetiva, esta libertad aligerada permite explicar algunas, pero no todas, y aquéllas sólo bajo ciertas condiciones que no se dan siempre. Si no me equivoco, esto significa que debe completarse el modelo limitado de libertad con algún requisito adicional, y además deben reconocerse sus límites justificatorios.

La línea tradicional en el análisis de la libertad de los compatibilistas parte de Hobbes (141) y Hume (142) y se plasma en la conocida argumentación de G. E. Moore: «un agente *pudo* realizar una acción dada que no realizó siempre que sea cierto que pudo hacerla *si* lo hubiera elegido» (143). Con esta reformulación la responsabilidad no se hace ya depender de lo que alguien pudo realizar en un sentido absoluto, sino en el más limitado y condicional de «podría *si* lo hubiera elegido», lo que, según Moore, entraña una gran diferencia, entre otras cosas porque esto último puede darse perfectamente también en un mundo determinado. Con ello se distinguen dos significados de libertad: por un lado la libertad de acción, a la que, utilizando una expresión tradicional, también se ha denominado «libertad como espontaneidad», y por otro la libertad de elección o de voluntad, también llamada «libertad como indiferencia» (144).

Son muchas las críticas que ha merecido este planteamiento desde su formulación (145). El argumento central de todas ellas es

(141) *Leviatán* (Madrid: Tecnos, 1965), cap. XXI, pp. 180 ss.

(142) «Of Liberty and Necessity», *Enquiry Concerning the Human Understanding*. En general, sobre la evolución del compatibilismo, v., por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 125 ss. En particular sobre Hume, v. RUSSELL, Paul, *Freedom and Moral Sentiment. Hume's Way of Naturalizing Responsibility* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1995).

(143) *Ethics* (Londres/Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 1978; primera publicación, Oxford: Clarendon Press, 1912), cit. p. 85.

(144) Distingue entre libertad de acción y de elección VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9. Utiliza la terminología clásica, entre otros, KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), pp. 122 ss., al que sigue en este punto NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 35), pp. 104 ss.

(145) Véase, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 126 ss., para las críticas más antiguas. La réplica clásica es la de John L. AUSTIN «Si y puedes», en *Ensayos filosóficos*, compilación de J. O. Urmson y G. J. Warnock, Alianza: Madrid, 1989, pp. 193 a 215. (Traducción de A. García Suárez del original inglés «Ifs and Cans», en *Philosophical Papers*.

que esta solución no hace más que retrasar el problema un paso (146). La acción es libre porque fue elegida por el agente, pero ¿fue éste libre *al elegirla*? Si se admite el principio causal, y al menos no negarlo es un presupuesto del compatibilismo, entonces resulta evidente que también los deseos y creencias internas del autor, que condicionan su elección, han sido causadas por hechos precedentes sobre los que éste no ha tenido influencia posible, y no se ve entonces cómo se puede afirmar que es responsable de las acciones que tales deseos no imputables provocan. En palabras de Hospers, el sujeto «puede hacer lo que le plazca, pero no puede placerle lo que le plazca» (147). Se trata de una situación inversa a la de la *actio libera in causa*. Aquí habrá más bien una *actio serva in causa*.

Creo que es conveniente insistir aquí en una idea ya apuntada, que es la tendencia de los compatibilistas a despojar al determinismo, o si se prefiere al principio causal, de una parte de su ominosa carga, algo que se hace presente en la argumentación criticada. Frente a ello debe recordarse que todo lo sometido al principio causal no puede haber sido de manera distinta a como fue en el sentido más fuerte que admite esta expresión. Fijadas las condiciones iniciales —entre las que se encuentra el propio pensamiento consciente del sujeto— las cosas suceden necesariamente y no hay campo para la contingencia (salvo los fenómenos indeterminados cuánticos que ni operan en el nivel macroscópico, ni sirven para fundamentar la responsabilidad del agente por su carácter azaroso). La referencia a los actos voluntarios del sujeto es, entonces, insuficiente para justificar la responsabilidad. Si verdaderamente ésta depende de la posibilidad de actuar de manera distinta, la interpretación hipotética del poder defendida por los compatibilistas no sirve: el hecho hubiera sido distinto si el sujeto lo hubiese querido,

2.ª ed., The Clarendon Press: Oxford, 1970. [Inicialmente publicado en *Proceedings of the British Academy*, 1956]—. Entre las modernas, a modo de ejemplo, VAN INWAGEN, «The Incompatibility of Free Will and Determinism», en Gary WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 46 ss.; RICHMANN, *God, Free Will, and Morality. Prolegomena to a Theory of Practical Reasoning* (Dordrecht/Boston/Lancaster: D. Reidel, 1983), pp. 31 ss.; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73, pp. 142 ss.; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 3; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), p. 25.

(146) Así, expresamente, VON WRIGHT —«Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9.

(147) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. p. 414. Similar VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 2.

pero no podía quererlo, por lo que el resultado final está tan definido en el bloque de hierro como aquel en el que directamente falta la propia libertad de acción.

El concepto de libertad que necesitamos es otro. Una libertad que sirva de base a la responsabilidad personal y que a la vez sea compatible con la estructura causal de la realidad no puede basarse en una capacidad de actuar de manera distinta, que es sencillamente contradictoria con esta estructura. Pero ¿es imaginable tal cosa? Los incompatibilistas creen que no. Piensan que sólo un concepto de libertad original, no causalmente condicionado por sus antecedentes externos permite fundar la responsabilidad subjetiva, pero ya hemos visto que ninguno de los intentos realizados ha podido ofrecer ni siquiera un atisbo de explicación científica de ese extraño fenómeno, sin relación aparente con ninguno de los otros hechos con los que está acostumbrada a tratar la ciencia, y además hay razones para pensar que tal explicación es imposible, que no hay vía intermedia entre el azar y la causalidad.

4.º Negación de la libertad como base de la responsabilidad

Frente a ello no es extraño que algunos autores incompatibilistas hayan acogido con militancia (148) la otra alternativa del incompatibilismo que todavía no hemos examinado: la negación de la libertad y, consecuentemente, de la responsabilidad subjetiva entendida al modo tradicional, lo que en ocasiones se ha denominado *determinismo duro* por oposición al de los compatibilistas que sería un determinismo blando. Esta posición admite dos variantes, una extrema, que elimina por completo la idea de responsabilidad subjetiva o culpabilidad, y otra más limitada, que la mantiene pero con un fundamento ajeno a la libertad, como puede ser su utilidad desde un punto de vista preventivo. Es en Derecho penal donde más importancia han adquirido estas ideas, sobre todo la segunda.

La supresión de la culpabilidad como fundamento de la pena ha aparecido esporádicamente en la doctrina penal y filosófica. En la tradición continental suele citarse el caso de la Escuela Positiva italiana de principios de siglo, cuyos autores más significativos fueron

(148) Como lo ha descrito plásticamente WEATHERFORD, para muchos autores que defienden esta posición, «si la libertad de voluntad es incompatible con el determinismo, tanto peor para la libertad» —*The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit. p. 93.

Lombroso, Garófalo y Ferri. Sobre la base de una crítica frontal al libre albedrío, propusieron un Derecho penal puramente preventivo basado en la peligrosidad criminal del autor, en el que la responsabilidad personal desaparece en favor de una responsabilidad social. En la práctica ello suponía la desaparición o desnaturalización de la figura tradicional de la pena que pasaba a fundirse dentro de la categoría genérica de las medidas de seguridad (149). En el mundo anglonorteamericano una de las referencias habituales es la posición de Barbara Wooton, contraria al concepto de culpabilidad (150). En España uno de los autores más significados en esta línea fue, sin duda, Dorado Montero (151), muy influenciado por la Escuela Positiva italiana. Este autor pertenece a una tradición que no se puede decir que goce hoy de grandes simpatías, pero cuyos puntos de vista merecen atención porque enlazan con la idea de justicia en la distribución. Es la línea en la que destacan autores históricos tan sintomáticos como el barón Holbach (152) o Darrow (153). Para todos ellos el delito no es la obra de una persona que, en uso de una libre capacidad de acción, opta por realizar el delito, sino el efecto determinado de circunstancias sociales y naturales que le abocan al crimen. El delincuente, como diría Dorado, es «un individuo débil, débil de cuerpo o de espíritu, o de ambas cosas, y por tal motivo necesitado de fortalecimiento y ayuda» (154). Frente a actos de tales personas la mejor solución no es la represiva, sino la reforma social

(149) Sobre la escuela positiva, v., entre otros, SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución* (Barcelona: Bosch Barcelona, 1970 (reimpresión: Bosch, 1977, por la que se cita), pp. 78 ss.; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), pp. 205 ss., «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 114 ss.; L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), pp. 562 ss.

(150) Sobre ello, ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), pp. 211 ss., «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 116 ss.; HART, *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 178 ss. y esp. 193 ss.

(151) V., por ejemplo, *Bases para un nuevo derecho penal* (Barcelona: Sucesores de Manuel Soler), pp. 74 ss. Sobre Dorado Montero, v. ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1951); CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, I: Introducción*. 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1996), pp. 95 ss. y la bibliografía allí citada.

(152) Referencias en WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 91 ss.

(153) V. WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 96 ss.

(154) *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit. p. 76.

y el tratamiento del delincuente. «El juez severo, adusto y temible debe desaparecer, para dejar el puesto al médico cariñoso y entendido (y por entendido, precisamente indulgente: *tout comprendre c'est tout pardonner*), al médico, a la vez del cuerpo y del alma, cuya única preocupación consistirá en levantar al caído y ayudar al menesteroso» (155).

Casi no hace falta insistir en la ingenuidad que entraña un planteamiento como el de Dorado. Pero merece la pena rescatar de su pensamiento y del de los demás autores próximos la idea de que no se puede cerrar los ojos a la evidencia empírica que conecta de manera constante una parte sustancial de la criminalidad a condiciones sociales de marginación, a abusos sufridos en la infancia, a la ausencia de un medio familiar y social donde poder crecer como persona. La visión del hombre libre y responsable que alimenta muchas de las tesis libertarias resulta no sólo científicamente falsa, sino que es además injusta porque olvida la relación entre delito y condiciones iniciales injustas en el reparto de los bienes, y no sólo patrimoniales, sino de salud, afecto, educación, etc. Ello enlaza con la posición de algunos defensores modernos del determinismo, que han destacado las ventajas de este planteamiento desde un punto de vista humanístico (156), frente a la habitual visión catastrófica que se ofrece de él desde posiciones libertarias. Creo que este aspecto del problema debe tener relevancia en el concepto de responsabilidad subjetiva que tratamos de encontrar. Un reproche sustentado sobre la genuina capacidad de actuar de manera distinta no puede mantenerse en sus mismos términos cuando ésta cae, arrastrada por la irrealidad de los planteamientos libertarios y la incapacidad de los compatibilistas para rellenar el hueco.

Pero los planteamientos deterministas fuertes (incompatibilistas) que estamos examinando no pueden ser tampoco la solución. Puede que haya algún error en nuestra visión del mundo –y creo que lo hay en la originación–, pero no puede ser todo un error. No parece que la solución al problema sea prescindir de la filosofía moral, que sería el último escalón de dicha vía. En alguna medida

(155) *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit. p. 79.

(156) V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 220 ss. y 236 ss. Destaca la relación entre estas tesis y los sentimientos de compasión por la víctima SIDNEY HOOK, «Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism* (Nueva York/Londres: Harper & Row, 1966), pp. 48 ss.

estas posiciones acaban traicionando sus propios presupuestos. Pese a tomar como punto de partida el escrupuloso respeto a la realidad y a lo que de ella nos dice la ciencia, acaban prescindiendo por completo de una parte esencial de dicha realidad. La capacidad de actuar de manera distinta puede ser una ilusión común entre las personas, pero un dato que no puede sortearse es el indudable hecho de que las relaciones interpersonales, toda la estructura social, e incluso las relaciones individuales de cada uno consigo mismo están cortadas a la medida de este sentimiento. El hombre se ve a sí mismo no como un mecanismo sino como un agente moral, capaz de responsabilidad. Suponer, entonces, que racionalmente deberíamos prescindir de aquello que nos define como seres racionales no parece una solución acertada. Ha sido sin duda Strawson quien mejor ha utilizado esta argumentación. En su opinión, no es posible ni razonable suprimir las actitudes reactivas inter o intrapersonales basadas en la percepción del otro o de uno mismo como ser responsable por actitudes neutras, objetivas, como las que adoptamos frente a desgracias naturales, a comportamientos de animales, o incluso ante hechos de personas inimputables. Quienes prescinden de las actitudes morales «sobreintelectualizan» sus posiciones cayendo en un «empirismo incompleto» o «utilitarismo tuerto» (157).

Esta réplica puede aplicarse también a quienes defienden una versión menos radical acerca de la desaparición de la culpabilidad. En un artículo ya clásico, Gimbernat Ordeig ha defendido desde un planteamiento determinista la necesidad de desvincular por completo la culpabilidad de la capacidad de actuar de otro modo. En su opinión, ello no entraña suprimir las circunstancias subjetivas que hoy integran el juicio de culpabilidad, que podrían perfectamente mantenerse desde una óptica puramente preventiva (158). Esta observación es, en lo sustancial correcta, pero no deja de plantear algunas dudas para los casos límite. Ya vimos que la

(157) *Freedom and Resentment* (como en nota 67), pp. 78 y s. Aunque la acusación de Strawson en este caso es contra los compatibilistas –que él denomina optimistas– que creen que puede prescindirse del concepto de originación sin consecuencias, puede aplicarse también contra los deterministas fuertes que llevan ese planteamiento al extremo prescindiendo de cualquier referencia a la libertad. Es en general contra todos quienes creen que puede prescindirse de la capacidad de actuar de modo distinto.

(158) «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (como en nota 41), pp. 151 ss.

conurrencia de los elementos de la culpabilidad es un requisito esencial de la capacidad directiva de las normas de conducta, pero apelar sólo a la prevención parece dejar siempre una puerta abierta a medidas sancionadoras que sin duda son preventivamente eficaces, y sin embargo completamente injustificables. Por ejemplo, no sería del todo irracional amenazar con una sanción penal a una persona inocente para así conseguir amedrentar a un tercero que fuera, por ejemplo, familiar próximo de aquél. En este caso la pena no serviría para nada respecto del castigado, pero sí respecto del posible delincuente. Naturalmente podría contestarse que la responsabilidad penal es personal, que sólo puede aplicarse a quien ha cometido un delito, que debe siempre respetarse la dignidad de la persona, pero lo difícil es justificar estas afirmaciones sin acudir a algún tipo de argumentación moral, que también podría verse afectada por la posible verdad del determinismo (159).

Pero incluso si llegásemos a la conclusión de que el determinismo no impide afirmar la dignidad ni otros valores morales, aunque sí dejaría fuera la posibilidad de actuar de manera distinta —y efectivamente creo que esto es posible— hay otra objeción contra los planteamientos preventivos que me parece difícil de sortear, y es que acaban cayendo en lo que más arriba denominé «dilema de Hold von Ferneck» (160). Si admitimos, con Gimbernat, que los requisitos de la culpabilidad son exigibles porque en su ausencia no es posible la motivación normativa, entonces en un mundo determinado la comisión de un delito es la prueba incontrovertible de que concurre una causa de exclusión de la responsabilidad porque el sujeto no era en el caso concreto motivable. En un mundo determinado, el que es motivable en el caso concreto por la norma, se motiva, y si no lo hace es porque no es motivable. Claro está que si se aceptara esta conclusión el efecto preventivo de la pena desaparecería, y por eso resulta evidente que en estos casos no puede renunciarse al castigo, pero la objeción de fondo contra el planteamiento teórico subsiste: si lo decisivo es la motivación, ¿por qué se sanciona a quien cometió un delito siendo inmotivable? La respuesta sólo puede ser «para que sea motivable en el futuro», pero ello entraña la sustitución del principio de culpabilidad —sólo se res-

(159) Ésta es una de las críticas que HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR esgrime contra el planteamiento de Gimbernat —«Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), p. 567—.

(160) *Supra* notas 63 y 64.

ponde por el hecho cometido culpablemente— por el principio de peligrosidad, que es precisamente lo que se trataba de evitar.

Un último argumento contra estas teorías, que ya ha sido suficientemente destacado, es que no ofrecen una justificación de la desequilibrada distribución de males que entraña la pena. Renuncian al libre albedrío, en el que se basaba la justificación por merecimiento, y no lo sustituyen por ningún otro criterio distributivo (161).

3. Hacia una solución ecléctica

a) *Introducción*

Estamos ya en condiciones de plantear si es posible una concepción de la responsabilidad subjetiva que responda a los criterios arriba enunciados: que sea compatible con el estado actual de la ciencia, que pueda explicar la existencia cierta de actitudes morales y que a la vez permita justificar la imposición de medidas de responsabilidad jurídica. El punto de partida debe ser, entonces, situar la responsabilidad en el marco de la visión científica del mundo.

¿Cómo se presenta la acción humana desde una perspectiva científica? El análisis realizado muestra ante todo el fracaso de las teorías libertarias a la hora de encontrar un apoyo empírico a su concepto de libertad basada en una capacidad originaria —no causada a su vez— de elección. No se ha descubierto hasta ahora ni parece posible que exista un fenómeno indeterminista que pueda dar cuenta de la capacidad libre de actuar de manera distinta, y que no sea ni puramente azaroso ni externamente causado.

La alternativa es, entonces, la que hoy mayoritariamente ofrece la ciencia: un mundo con una altísima dosis de determinación —de sometimiento al principio causal—, y con ciertos fenómenos indeterministas azarosos que operan en el nivel subatómico y que son expresables mediante leyes estadísticas.

Esta visión de las cosas plantea el problema de la responsabilidad en toda su crudeza. Si el mundo está plenamente determinado, entonces es como lo describió Laplace, y nada pudo de ser de manera distinta a como fue. Y esta afirmación seguiría siendo válida

(161) Muy claro en este sentido, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 363 y s.

aunque una figura como el demonio o dios de Laplace no sea empíricamente posible. Si, como hoy se acepta, hay un cierto grado de indeterminismo, ello sólo nos ahorra una parte de la visión más amenazante del determinismo, la imagen del bloque de hierro único cuyas infinitas manifestaciones a lo largo del tiempo estaban ya contenidas en el momento inicial del universo; pero no nos evita la otra imagen, que es la que verdaderamente nos preocupa: la de una acción humana plenamente determinada por sus antecedentes y sólo eventualmente modificada por la contingente presencia de un fenómeno cuántico, sobre el que el propio sujeto carece también de influencia.

Si aplicamos estas conclusiones a la pregunta de si cabe actuar de manera distinta, la respuesta sólo puede ser negativa. En un mundo plenamente sometido al principio causal *nada*, y tampoco la acción humana, pudo ser de manera distinta a como fue. Y en un mundo en el que se combinen transformaciones sometidas al principio causal y otras dependientes del azar, este último factor introduce la contingencia, por lo que algunas cosas en principio podrían ser distintas a como han sido, pero, por un lado, siempre dentro del estrechísimo marco que predice la física —determinismo prácticamente total en el nivel macroscópico debido a la regularidad estadística de los procesos indeterministas—, y por otro, y esto es decisivo, de manera puramente azarosa y no sobre la base de una decisión del agente que permita imputarle responsabilidad.

Si no me equivoco, estamos en el punto en el que ya muchos consideran que no hay nada que hacer. Que la responsabilidad que pueda construirse sobre estos presupuestos no es suficiente. Los autores compatibilistas no están de acuerdo, pero no siempre plantean las cosas de manera tan clara. Algunas soluciones resultan calculadamente ambiguas para por un lado aparecer como científicas —así que no niegan el determinismo o cuasideterminismo— pero por otro lado no cerrar por completo las puertas a la capacidad de actuar de modo distinto —así que usan un concepto de libertad de acción, independiente de la libertad de voluntad, en la que parece todavía apuntarse la existencia de alternativas—. Creo que esta actitud es incorrecta y no sirve más que para alentar posiciones metafísicas incontrastables, como las que yacen bajo la mayor parte de las propuestas libertarias.

Aceptado este estado de cosas, resulta evidente que tenemos una percepción de nuestras acciones que no es exactamente la des-

crita. Es cierto que tampoco nos engañamos ingenuamente [en toda sociedad y época –en algunas culturas más que en otras– se encuentran referencias a la idea de que las cosas son de la única forma que podían ser (162)], pero con carácter general percibimos que ciertas opciones están abiertas, que podemos hacer X o Y, y el determinismo parece decirnos que no, que todo está escrito de antemano. Algunos autores deterministas, como Hospers, han mostrado que la creencia en el determinismo no supone caer en el fatalismo (163), y, como veremos, es cierto si se interpreta adecuadamente, pero hay que reconocer que en una primera aproximación parece favorecer esa actitud vital (164).

¿Cómo podemos compaginar la estructura causal de nuestros actos que nos sugiere la ciencia con la percepción interna de libertad que está en la base de nuestras actitudes morales? Creo que hay al menos dos maneras: la primera sería considerar que, como en tantas otras cosas, nuestra percepción es errónea, lo que plantea el problema de qué actitud deberíamos tomar entonces, en cuanto seres racionales, una vez descubierto el error; la segunda consistiría en desarrollar una teoría empírica de la libertad. Esta segunda me parece la perspectiva más fructífera, y es la que trataré de esbozar una vez descartada la primera.

b) *¿Es la libertad un error de percepción?*

Si la percepción que tenemos de nuestras acciones es que pueden operar como genuinas causas originales, completamente independientes (al menos en un cierto margen) de antecedentes causales, entonces es cierto que incurrimos en un error, porque lo que nos dice la ciencia es que la realidad no es así. ¿Cabría entonces pensar en una modificación de nuestras actitudes una vez conocida la falsedad de las creencias?

Aun cuando ésta fuera efectivamente nuestra percepción de libertad, la conclusión no tendría por qué ser la renuncia a ella por su incompatibilidad con la ciencia. En primer lugar, es posible que esta

(162) Actitud que suele asociarse al fatalismo, a su vez conectado al determinismo lógico.

(163) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 74), pp. 402 ss.

(164) S. HOOK llega a plantear si es concebible un determinista que no sea a la vez fatalista –«Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism» (como en nota 156), p. 50.

renuncia sea imposible. La percepción de libertad es seguramente tan antigua como el pensamiento consciente, y tan arraigada en nuestra forma de ser que muy probablemente ningún argumento racional pueda sobreponerse a su impronta natural (165). Pero, como ha indicado Strawson, esta objeción basada en lo que probablemente ocurra no evita preguntarse por la actitud racional a tomar frente a ello. El propio autor responde, sin embargo, que difícilmente puede estimarse racional en el marco de nuestra concepción de la vida prescindir de las relaciones interpersonales que son parte esencial de dicho marco (166). Creo, sin embargo, que esta salida sólo sería correcta desde el punto de vista de la racionalidad si pudiera demostrarse que efectivamente se trata de un error fructífero, y la cuestión es discutible.

Normalmente tener un mejor conocimiento de la realidad es una ventaja más que un inconveniente –en eso se basa el avance científico–, pero cabe pensar en situaciones en las que la ignorancia de un hecho amenazante pueda favorecer ciertas actitudes positivas que no se darían si el sujeto fuera consciente de la realidad. Casos como ocultar su enfermedad a un enfermo terminal están en la mente de todos. Creo, sin embargo, que éste no puede ser el caso en la libertad. En primer lugar, ya resultaría difícil decidir qué plan seguir para promover la ceguera colectiva en torno a esta cuestión y justificarla «moralmente». El mismo planteamiento de la cuestión muestra lo irreal de la hipótesis. Pero es que, además, el progresivo avance de la ciencia, y la reafirmación del principio causal que ello implica, haría inútil cualquier esfuerzo en esa línea. De hecho, de cuando Strawson escribió su artículo al momento actual se han sucedido espectaculares avances en el conocimiento del cerebro, en el desarrollo de programas de inteligencia artificial y en la decodificación de las bases genéticas de nuestra existencia, y es de esperar que haya más.

Pero, con todo, esto serían cuestiones secundarias. El principal argumento contra una eventual política de venda en los ojos es de orden ético y jurídico. La afirmación de la libertad originaria del hombre no sólo tiene efectos positivos, sino también negativos. Tomando como base esa libertad se exige responsabilidad jurídica a

(165) En este sentido, muy claramente, STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 68; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 89.

(166) *Freedom and Resentment*, p. 70.

quien ha cometido un hecho ilícito. Si resultara falso el presupuesto, sería inmoral imponer la consecuencia. La responsabilidad jurídica quedaría desprovista del criterio legitimador que permite una imposición tan desequilibrada de males (167).

Creo, sin embargo, que las objeciones pueden sortearse admitiendo que el concepto de libertad que sentimos real no es necesariamente el de una originación incondicionada y no entraña un error, o al menos no del tipo que deba preocuparnos.

c) *Una teoría empírica de la libertad*

No se trata aquí, como es lógico, de desarrollar una teoría ni siquiera parcial de los presupuestos psico-físicos que permitirían explicar la libertad desde un punto de vista científico (168). No sólo desbordaría con mucho el alcance de este trabajo y de mis conocimientos, sino que ni siquiera existe todavía algo que pudiera considerarse como una teoría global del pensamiento consciente y de la libertad. Existen aportaciones parciales de diversas ciencias, pero todavía hoy sufrimos importantes lagunas a la hora de explicar cómo funciona el cerebro, en el que reside nuestro pensamiento consciente. Admito, sin embargo, que pese a estas lagunas, es correcto el postulado central empirista de que nuestro pensamiento consciente y todo lo que lleva aparejado (incluida la percepción de libertad) son el resultado de la actividad físico-química de un cerebro que interactúa con el mundo y de nada más. No hay, por tanto, una dualidad cartesiana mente-cuerpo. Admito también que se trata de fenómenos cuya aparición es explicable de acuerdo con los postulados básicos de la teoría de la evolución. Esta ubicación de lo mental en lo físico permite situar la actividad del hombre de forma plena en el marco de la ciencia, sin necesidad de acudir a instancias metafísicas que marquen una barrera en torno a nuestra especie, tentación que siempre está presente en esta materia.

(167) En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133.

(168) Sobre ello, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), especialmente caps. 3 a 5; JOHNSON-LAIRD, P. N., *El ordenador y la mente* (Barcelona: Paidós 2000; traducción de Alfonso Medina y revisión de J. A. García Madruga del original en inglés, *The Computer and the Mind: An Introduction to Cognitive Science*, Londres: Fontana Press, 1993), pp. 333 ss.

Con estos presupuestos, mi propósito ahora es mucho más limitado. Se trata sólo de situar el problema de la aparente incompatibilidad entre estructura del mundo y libertad en un marco que nos permita justificar o descartar la responsabilidad personal, lo que resulta imprescindible a su vez para legitimar la imposición de consecuencias lesivas. En esta línea, creo que un enfoque fructífero para empezar puede ser la distinción entre dos posibles *perspectivas* que cabe adoptar frente al mundo circundante en el que rige (de manera completa o parcial) el principio causal: una es la perspectiva externa de quien contempla el mundo desde fuera, sin intervenir en él; otra es la perspectiva de un sujeto que interviene activamente en el mundo, que es parte causal del mismo.

Intentaré defender tres ideas: *a)* en primer lugar, que nuestra percepción de libertad es una consecuencia necesaria de la perspectiva interna, esto es, es la posición que adoptaría un ser consciente y activo dentro de un sistema causal (y, por tanto, la *sensación* de libertad es plenamente conciliable con una estructura regida por el principio causal); *b)* en segundo lugar, que esta perspectiva no es, al menos en uno de los enfoques posibles, errónea (lo que contradice un postulado central del fatalismo), y a la vez resulta extraordinariamente fructífera para crear sociedades complejas, siendo una muestra refinada de adaptación al medio; *c)* por último, que tomando como base dicha libertad se puede justificar una responsabilidad subjetiva no tan amplia como querrían los libertarios, pero sí suficiente para legitimar la responsabilidad jurídica siempre que se introduzcan ciertos criterios correctores.

1.º Libertad y perspectiva interna

En un momento anterior de este trabajo quedó apuntada la relación paradójica que se da entre determinismo y causalidad. El carácter paradójico procede de que precisamente la vinculación causal, conforme a leyes, entre acontecimientos es la característica que define un sistema determinado, pero a la vez en tal sistema todo está intrínsecamente relacionado con todo lo demás –de aquí el símil del bloque de hierro– por lo que la distinción entre causas y efectos parece resultar caprichosa.

La paradoja se resuelve pasando de la perspectiva externa de quien contempla idealmente desde fuera un sistema determinado, a la interna de quien se encuentra inmerso en él y sometido a la di-

mención temporal (169). Cuando el mundo determinado se examina desde dentro del propio sistema [en sentido estricto, ésta es la única posibilidad real (170)] por un observador interno que además tiene capacidad de influir en la realidad (171) y que tiene una di-

(169) Hay otro factor que puede favorecer la paradójica relación entre causalidad y determinismo, que es el doble significado del término causalidad en su evolución histórica. Aunque hoy predomina un concepto de causalidad ligado a la conexión entre acontecimientos conforme a leyes naturales, en el que cuenta como causa de un hecho el conjunto de todas sus condiciones previas, lo cierto es que originalmente el término se utilizó para designar sólo las condiciones originarias, en las que no cabe remontarse a un momento anterior. Como tales condiciones originarias son incompatibles con un modelo determinista, que responde a la estructura de un bloque macizo, la paradoja está servida. Sobre este concepto de causalidad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva véase, por ejemplo, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 16 ss. y 30 ss. Sumamente interesante sigue siendo el clásico trabajo de KELSEN «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución», en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editora Nacional, 1979), pp. 53-112.

(170) Por definición, un sistema plenamente determinado es aquel que no puede ser modificado, y ello entraña que nada externo puede tener influencia alguna sobre él, ya que, en caso contrario, si el elemento «externo» estuviera a su vez completamente determinado, dejaría de ser externo para integrarse en el propio sistema como uno más de sus elementos, y si no lo estuviera —y ésta parece ser la situación de la «inteligencia» de Laplace—, entonces puede suceder que tenga capacidad de intervención en el sistema, o que sea un mero observador. En el primer caso automáticamente dejaría de existir un sistema determinado, en la medida en que la posible, pero no necesaria, intervención externa convierte el sistema en contingente (tendríamos entonces un sistema parcialmente indeterminado); en el segundo caso un hipotético observador sin capacidad de intervención, y por ello ajeno al sistema, plantea a su vez dos tipos de problemas: su naturaleza y la naturaleza de sus conocimientos sobre el sistema. En cuanto a lo primero, tal sujeto externo sólo podría ser un ente metafísico, lo que inmediatamente le aleja de nuestro interés empírico. Cualquier sujeto (físico) que pueda observar un sistema físico es a la vez parte de dicho sistema, en la medida en que la observación entraña transferencia de energía y ésta constituye un elemento esencial en la definición de pertenencia a un sistema. Desde el punto de vista físico, un sistema estrictamente determinado constituye, por definición, un mundo independiente, sin conexiones con otros eventuales sistemas o mundos, por lo que la «inteligencia» de Laplace sólo podría ser, como acertadamente se la ha caracterizado, un dios o un demonio en el sentido metafísico de ambos términos. Lo mismo sucede con la naturaleza del conocimiento de dicho ser: sólo puede consistir en algún tipo de conocimiento metafísico que no entrañe alteración del sistema «observado». Por ello, debe ser un conocimiento *a priori* y no obtenido a partir de la observación o experimentación sobre el sistema.

(171) En sentido estricto esto es una redundancia ya que, como vimos en la nota anterior, no es físicamente posible un mero observador no participante, ni ex-

mención temporal, la expresión en términos de causalidad vuelve a adquirir sentido para él. La observación de regularidades en el suceder de los acontecimientos le permite inducir leyes causales que pueden proyectarse sobre acontecimientos venideros y así sirven para predecir el futuro con un cierto grado de probabilidad, lo que a su vez condiciona el propio comportamiento del espectador (172). Lo que desde una perspectiva externa, atemporal, es un bloque cerrado de materia que cambia de forma, en el que se pueden individualizar sucesos, pero siempre conectados indefectiblemente con el resto de fenómenos, examinado en una dimensión temporal son hechos que condicionan la existencia posterior de otros hechos, y cuya manipulación por el agente interno *conforma* la realidad. Ello no quiere decir que la actuación del sujeto no sea a su vez un efecto de anteriores causas. De hecho, la perspectiva externa muestra que, piense lo que piense el autor, en un sistema causal esto es siempre así, al menos para la parte de la realidad sometida a dicho principio. Pero a la vez es cierto que él se convierte en eslabón causal de la cadena y ello provoca efectos cuando entra en acción la conciencia. Igual que la causalidad sólo adquiere sentido desde una perspectiva interna, lo mismo pasa con la libertad o el deber.

Como estamos interesados en el análisis de la elección responsable, podemos tomar como punto de partida una situación hipotética en la que haya una alternativa entre dos acontecimientos X o Y, ambos lógicamente posibles, en un mundo regido por el principio causal y que va adquiriendo niveles crecientes de complejidad. Creo que podrían distinguirse al menos cuatro niveles, y en cada uno es preciso examinar las perspectivas externa e interna.

– Un primer nivel sería el de una realidad compuesta por materia inanimada que además ni siquiera puede singularizarse como entes independientes. En este nivel sólo operan factores causales externos que provocan el resultado X o Y de manera necesaria (o bien azarosa si el proceso está sometido a indeterminación cuántica). Para un observador externo la predicción es posible a partir del

terno ni interno. Lo que sí es posible –en realidad es lo habitual– es un espectador interno con capacidad limitada de acción, esto es, que pueda interferir en menos acontecimientos de los que pueda percibir.

(172) Y este proceso no tiene por qué ser consciente. También los animales aprenden del pasado por ensayo y error y modifican su comportamiento en virtud de lo aprendido. Esta capacidad de extraer regularidades al observar la realidad, impuesta por la evolución, ha resultado decisiva para el desarrollo y supervivencia de los seres vivos más complejos.

conocimiento de las condiciones iniciales y de las leyes causales de transformación. Perspectiva interna no existe, como es obvio.

– Un segundo nivel aparecería con la presencia de seres independientes, animados o no, que interactúan con el ambiente y a la vez responden a sus propios estímulos o mecanismos internos. En este caso la situación es muy similar a la anterior. La única diferencia relevante es que entra en juego una dimensión interna que de alguna manera define al propio ser, y que se suma al resto de factores ambientales. El observador externo necesita conocer ambos grupos de factores para poder hacer una predicción causal fiable, y ello puede volverse más complicado según aumente la complejidad del organismo actuante, pero en principio es algo posible. Tampoco aquí hay observadores internos.

– Un tercer nivel se corresponde con la presencia de seres conscientes, una parte de cuyas actividades son acciones explicables en términos de razones. En este caso son ya tres los factores a tener en cuenta para cualquier predicción: los ambientales ajenos al sujeto, los internos de éste pero no conscientes, y por último los internos conscientes que además ejercen el control último en ciertas actividades. En este nivel surge por primera vez la perspectiva interna, el yo. El mismo sujeto que opera causalmente goza de conciencia para percibir su propia actividad. Pero por ahora es una intervención limitada en su alcance, que no abarca la reflexión del sujeto sobre su propio proceso decisorio. Sin embargo, ya en este nivel puede darse una primera explicación a la habitual percepción de libertad que sentimos. Esta percepción es el resultado de la combinación de dos factores: por un lado la conciencia, y por otro la capacidad de intervención física sobre la realidad a impulso de factores internos al sujeto (propósitos, intenciones, deseos, etc.) de antecedente causal no explícito. Si el sujeto no es capaz de ver los antecedentes causales de sus motivaciones internas se sentirá libre, pero su hecho no dejará por ello de estar externamente condicionado.

Para un espectador externo, predecir la elección se vuelve más difícil, porque tiene que barajar más factores, pero en principio no es imposible. Además de la situación externa y la interna no consciente, deberá conocer todas las motivaciones internas conscientes del autor –todas sus posibles razones para la acción– y el orden de preferencia que resuelve los posibles conflictos. La existencia de razones dominantes para X o Y inclinará la balanza en uno u otro sentido.

– El cuarto nivel surge cuando el sujeto elabora conscientemente su elección con autoreferencia a la propia elección. Igual que

el sujeto adquiere conciencia de sus deseos o intereses internos y reflexiona sobre ellos, puede a su vez reflexionar sobre la propia elección. Se produce entonces un efecto de retroalimentación en la deliberación que puede llevar a provocar un bucle, paralizando la toma de decisión del autor. Ello se debe a que el centro nervioso que controla la resolución última que precede a la activación motora, y que procesa las diferentes razones que afectan al sujeto –impulsos primarios, deseos, intereses, valores–, puede referirse a su propia decisión, convirtiéndola en una razón (de segundo nivel) más para actuar. La confluencia de esta nueva razón de segundo grado con las precedentes provoca una nueva decisión que a su vez puede de nuevo reintegrarse como razón de tercer orden, etc. Este bucle, que generaría la incapacidad de decisión del autor, puede ser cortado mediante el recurso a un auxilio externo –tirar una moneda, por ejemplo– o mediante un procedimiento interno que ponga fin a la retroalimentación –un limitador de ciclos, o incluso un dispositivo aleatorio interno–, y que a su vez no pueda ser conocido por la conciencia porque en ese caso se reintegraría también en el proceso de decisión.

En este nivel la perspectiva interna adquiere complicaciones añadidas. Por ejemplo, ¿podría el sujeto predecir su propio comportamiento? Atendiendo al proceso de retroalimentación examinado parece que es imposible, ya que cualquier predicción sobre la acción a tomar crea automáticamente las condiciones para cambiarla. Si no me equivoco, ello crea de manera natural la percepción de libertad, de no estar necesariamente sujeto. Y es importante destacar que desde la perspectiva interna del autor, y a diferencia de lo que sucedía en el caso anterior (173), aquí *no* se trata de un error en la percepción acerca de la propia capacidad de acción, sino que *para él* la elección no puede estar determinada. La conciencia introduce un elemento causal de segundo orden –la reflexión sobre el propio proceso de decisión–, y con ello una elección *externamente* necesaria se convierte en *internamente* contingente. Cuando se combina la situación de indeterminación descrita en el nivel anterior con la de éste se produce en toda su extensión el fenómeno de la percepción de libertad, como *perspectiva interna de sus actos que tiene el ser consciente que actúa a impulso de facto-*

(173) En realidad el caso tercero es más una hipótesis de trabajo que un caso real ya que la conciencia sobre la elección no es algo añadido y posterior a la conciencia sobre otras razones internas, sino que va unida directamente a ellas.

res internos de antecedente causal no explícito y que a la vez reflexiona sobre su elección.

¿Qué sucede en este último caso con la perspectiva externa?; ¿puede predecirse la actuación del sujeto? Si estamos en un mundo determinado, sea cual sea la perspectiva interna, el hecho es teóricamente predecible. Pero en este caso el espectador externo deberá conocer no sólo los factores ambientales y los internos conscientes o inconscientes del autor, sino también el sistema de corte del bucle que permite la acción. Naturalmente si éste consistiera en un mecanismo activado por procesos físicos indeterministas la predicción sería imposible.

El contraste entre las perspectivas interna y externa puede ser esclarecedor para distintos problemas (174), y especialmente para las dos cuestiones que nos quedan por ver: por un lado el papel que ha cumplido la percepción de libertad en nuestro desarrollo como personas y la eventual amenaza que supondría la creencia en el determinismo; por otro la justificación de la responsabilidad subjetiva.

2.º Libertad, determinismo y fatalismo

La percepción de libertad que surge de manera inevitable de la perspectiva interna, de la conciencia, ha jugado un papel esencial en

(174) Entre otras cosas creo que podría servir para plantear adecuadamente la conocida «paradoja de Newcombe». MACKIE la resume de la siguiente manera: «Estás jugando un juego con un Ser que parece tener poderes predictivos extraordinarios. Delante de ti hay dos cajas en una de las cuales puedes ver 1.000 \$. La otra está cerrada y no puedes ver lo que contiene pero sabes que el Ser ha puesto un millón de dólares en ella si ha predicho que tú tomarás esa caja sólo, y no ha puesto nada si ha predicho que tomarás las dos cajas; puedes tomar tanto las dos cajas como sólo la cerrada. Hasta la fecha el Ser ha predicho correctamente la elección de todos los que han jugado con él. ¿Qué deberías hacer?» —«Newcomb's Paradox and the Direction of Causation», *Selected Papers, V. I, Logic and Knowledge* (Oxford: Clarendon Press, 1985)—. La paradoja refleja una situación en la que en la deliberación interna de un sujeto intervienen factores relativos a los objetos elegibles, a su propia elección, y además a la predicción causal que un ser supuestamente omnisciente adoptaría desde la perspectiva externa. El sujeto elector, que es consciente de las dos perspectivas, y por tanto sabe que él no puede genuinamente predecir su hecho, pero sí lo puede hacer el ser con alta capacidad predictiva (salvo que la rotura del bucle que permite finalmente adoptar una decisión opere mediante un mecanismo intrínsecamente indeterminado), debería tomar la caja que contiene el millón de dólares porque en caso contrario efectivamente lo perdería todo.

el desarrollo de la moralidad, que a su vez puede considerarse como un instrumento sofisticado de adaptación al medio (175). Permite una más que adecuada combinación de individuo y sociedad. No es tan eficiente para crear lazos sociales como el instinto férreo que se da por ejemplo en los hormigueros, pero a cambio permite aprovechar las ventajas de la iniciativa egoísta. Pero si el pensamiento moral depende en buena medida de que nos veamos como agentes libres, capaces de elegir entre alternativas, cabe preguntarse en qué medida la creencia en el determinismo puede alterar esta percepción.

El problema filosófico del determinismo no surge con el determinismo —si el mundo está determinado también lo ha estado hasta ahora y ha surgido la sensación de libertad—, ni siquiera con la conciencia, con la perspectiva interna, sino cuando ésta percibe y asume racionalmente la perspectiva externa. Este conocimiento puede convertirse en un nuevo factor de determinación —de tercer nivel— que actúe sobre el proceso de decisión del autor. Pero, de haber alguno, sus efectos perjudiciales sólo pueden ser menores, por dos razones. En primer lugar, porque el proceso interno garantiza que la determinación nunca pueda ser internamente sentida por el sujeto, sino a lo sumo intelectualmente asumida, y ello tiene en general una fuerza mucho menor que la del sentimiento. En segundo lugar, porque incluso entre quienes pudieran sentirse obligados a seguir sus percepciones intelectuales firmemente creídas, la comprensión razonada de la perspectiva externa no aboca de ninguna manera al fatalismo; no extrae al sujeto del mundo causal convirtiéndolo en mero espectador pasivo, sino que le sigue concediendo un papel activo esencial. El único efecto que efectivamente podría producirse en caso de una sobreintelectualización del problema, es la relativización del yo como ente original. Pero, aunque la perspectiva externa pone de relieve que realmente no existe un yo originario no causado, tampoco este hecho debería tener gran trascendencia en la actitud del sujeto. Actuando racionalmente, cualquier persona debería asumir que, al menos en su manifestación más profunda, el yo no es algo añadido a él, sino que *es* él; es lo que le define como persona. Podemos lamentar la mala suerte que nos ha tocado en el reparto de dones o atributos que consideramos sustituibles sin que dejemos de ser quienes somos, pero es imposi-

(175) Como ha afirmado Ross, «son las fuerzas morales las que cementan la sociedad», *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), cit. p. 147.

ble cuestionar el yo profundo. De hecho, quien se manifiesta disconforme con su manera de ser está indicando que hay otra más profunda –precisamente desde la que surge el lamento– que a su vez no puede ser cuestionada. Creo que este dato es importante para abordar el último punto: la justificación de la responsabilidad subjetiva.

3.º Libertad y responsabilidad subjetiva

En la primera parte de este trabajo concluimos que hay dos criterios principales para justificar la responsabilidad jurídica desde la perspectiva de una justa distribución de cargas: el merecimiento y la equidad. El primero de ellos es el que se vincula a la responsabilidad subjetiva o culpabilidad, que a su vez se fundamenta generalmente en la libertad del sujeto actuante, entendida como capacidad de actuar de manera distinta. Y es esta libertad la que es puesta en entredicho por el reconocimiento de que también las acciones humanas quedan sometidas al principio causal. Las tres vías que se han seguido para dar respuesta a este problema no resultan satisfactorias por distintos motivos, que pueden ahora revisarse a la luz de la distinción realizada entre perspectiva externa e interna.

El problema de las teorías incompatibilistas, tanto las libertarias como las deterministas fuertes, es que dan excesiva importancia a la perspectiva externa, aunque lo hacen por razones opuestas. Las libertarias, porque creen que sólo si la imagen del mundo que arroja la perspectiva externa es falsa puede seguir manteniéndose un concepto de libertad como el que se necesita para la responsabilidad subjetiva, y ello les lleva a abandonar la perspectiva científica sustituyéndola por una no explicada causalidad originaria sin referente empírico conocido y ni siquiera imaginable. Las deterministas fuertes, porque simplemente desdeñan la perspectiva interna y se quedan sólo con el bloque de hierro. La imagen de la persona y de las relaciones interpersonales que ofrecen es, no sólo irreconocible para el pensamiento consciente, sino a la vez inadecuadamente restrictiva desde la propia perspectiva científica que supuestamente tratan de preservar. La perspectiva interna quedaría irremediabilmente mutilada si se interpretara como una mera percepción errónea de la realidad, que debe ser combatida mediante la asunción racional de la perspectiva externa apoyada por la ciencia. Como he tratado de mostrar, se trata más bien de una consecuencia inevitable del pensamiento consciente autorreflexivo, que no pue-

de ser sustituida por una visión objetivo-externa que no es la del sujeto.

En cuanto a las teorías, abundantes en la teoría jurídica, que pretenden sustituir la libertad por una presunción normativa fuerte de libertad, o bien son contradictorias, o bien merecen la misma crítica que las libertarias. La única diferencia reseñable es que si éstas se mantienen, al menos formalmente, en el plano de la realidad, aunque luego postulen una imagen del mundo inconciliable con lo que nos dice la ciencia, las normativas, amparándose en la no por extendida menos extraña opinión de que si el legislador presume algo consigue traer al mundo sus efectos incluso en ausencia de la cosa, sustituyen la verificación empírica de una libertad que consideran esencial por su presunción al margen de si verdaderamente existe. Con ello, o bien postulan sin hacerlo expreso una visión del mundo como la de los libertarios, en la que la libertad contracausal de éstos se sustituye por una libertad generada normativamente, con lo que se hacen acreedores a sus mismas objeciones, o bien admiten, una vez más de forma tácita, que la libertad no es importante, incurriendo en contradicción con lo que proclaman.

Las teorías compatibilistas siguen una vía más adecuada. Al vincular la responsabilidad a la libertad de acción –a la libertad del sujeto para seguir su propias razones–, y no a la más amplia libertad de voluntad –a la libertad de elegir sus razones últimas–, se sitúan en la perspectiva interna. Su inconveniente principal es el contrario que las incompatibilistas: su olvido de las implicaciones que se derivan de la perspectiva externa, a lo que normalmente llegan ocultando su verdadero significado –afirmando incorrectamente que un mundo estrictamente determinado es compatible con la posibilidad de actuar de manera distinta–, y extendiendo en consecuencia el alcance de lo que permite justificar la perspectiva interna.

Creo que una solución equilibrada sólo puede alcanzarse teniendo en cuenta *ambas perspectivas*. Y ello requiere primeramente reconocer lo que hay de correcto en cada una de las posiciones encontradas: en particular, que la imagen de la realidad que ofrece la ciencia es incompatible con una libertad como la que quieren los libertarios, con la genuina capacidad de actuar de manera distinta; pero que a la vez la libertad restringida que se encuentra presente en la perspectiva interna, y que es compatible con la vigencia del principio causal, no permite una asignación de responsabilidad como la que permitiría aquélla.

Si la libertad se entiende como la genuina capacidad del agente de obrar de modo distinto a como lo hizo, de originar hechos sin antecedente causal, entonces tal libertad simplemente no existe. La extensión del principio causal a las acciones humanas muestra que las razones internas que se encuentran tras ellas no pueden surgir *ex nihilo* del propio agente, sino que encuentran su causa en antecedentes sobre los que el autor no tiene ningún control. De hecho, si no existieran procesos indeterministas azarosos como los que hoy postula la ciencia, la imagen del mundo que percibiría un hipotético espectador externo omnisciente, como el Ser de Laplace, sería la del bloque de hierro de James. La presencia de estos procesos altera el modelo externo, pero no en un sentido que pueda ayudar a encontrar un fundamento razonable a la libertad. Seguiríamos teniendo un mundo sometido en su mayor parte al principio causal, aunque a la vez abierto a posibles modificaciones como efecto de las relaciones de incertidumbre. En todo caso, la enorme regularidad causal que se percibe al observar el mundo desde la ciencia hace pensar que este factor tiene una importancia menor. Pero es que, además, tenga la que tenga desde la perspectiva física, no tiene ninguna como base de un posible apoyo a la libertad, que si resulta difícil de conciliar con el determinismo, es imposible con el azar. De las tesis libertarias sólo resulta correcta su afirmación de incompatibilismo entre la capacidad de actuar de modo distinto y el determinismo. Desde una perspectiva externa tienen toda la razón. Pero la alternativa que proponen no se basa en nada que sea científicamente verificable o siquiera imaginable, con lo que prácticamente el único apoyo de su tesis es que como no queremos prescindir de la libertad, la ciencia debe equivocarse. Ello las condena necesariamente al mundo de las afirmaciones metafísicas incontrastables.

Si, por el contrario, se restringen los requisitos de la libertad, situándola en el campo más limitado de la elección voluntaria –no sometida a razones externas– y consciente –autorreflexiva– de personas inmersas en el seno de un sistema causal que por evolución ha llegado a dicho grado de complejidad, entonces ello no sólo resulta compatible con la vigencia del principio causal, sino que requiere su existencia. Pero, a la vez, el alcance de los juicios de responsabilidad basados en una libertad restringida es también restringido. Con ello llegamos al corazón del problema de la responsabilidad.

La constante vinculación histórica entre imputación/responsabilidad y causa libre, o la insistencia de los autores libertarios, continuadores de aquella tradición, en detener la búsqueda de causas en

un autor original, responden a una misma preocupación: encontrar un *punto de corte* en los antecedentes causales del hecho que impida remontar su originación hasta el infinito, como parece inevitable en un sistema determinado. Ya vimos que incluso la propia idea de causalidad se ve amenazada por la de identidad, por el bloque de hierro. Sólo la percepción *temporal* de alguien inmerso en tal sistema hace brotar la idea de causalidad, que se convierte así en un fenómeno interno, ajeno a la perspectiva de un espectador omnisciente. Pero el reconocimiento de la dimensión temporal no es suficiente para la responsabilidad. ¿Dónde y con qué criterios rompemos la cadena causal para imputar un hecho a uno de sus antecedentes y no a su vez a los que preceden causalmente a éste? La solución sería la causa libre, originaria, la genuina capacidad de actuar de manera distinta, pero tal cosa no existe. Si nos conformamos con menos, con una causa voluntaria, libre sólo en la forma restringida que hemos examinado, surge con toda su fuerza el argumento esgrimido insistentemente contra los compatibilistas, ¿por qué detenernos aquí?; ¿por qué no tomar en consideración que las razones del sujeto para actuar son a su vez el efecto de hechos anteriores ajenos a su control?; ¿qué es la libertad de acción sin libertad de elección?

La respuesta a estas cuestiones, que además permite dar un fundamento racional a la responsabilidad subjetiva preservando sus rasgos esenciales, se encuentra cuando las enfocamos desde la perspectiva interna, y más concretamente desde la idea de persona, desde el yo, que tiene allí su acomodo. Cuando actuamos, cuando sentimos, cuando hablamos, incluso cuando reflexionamos sobre el determinismo (y, por ello, sobre la perspectiva externa del mundo) lo hacemos necesariamente desde nuestra condición de personas, desde el yo. Aunque frente a ciertas características de nuestra personalidad (como podrían ser las físicas exteriores, pero también muchas psíquicas internas incluidas una buena parte de las razones para la acción que manejamos) podemos adoptar la actitud crítica del espectador externo, hay otras, que configuran la estructura básica de la personalidad, en las que esta visión es imposible. Podemos intelectualmente asumir que todas las razones internas que manejamos en la deliberación que precede a la acción son a su vez externamente causadas —esto es precisamente lo que hace quien acepta un planteamiento determinista—, pero algunas de esas razones no son meros añadidos a nuestra personalidad, *son nuestra personalidad*. Este dato resulta crucial.

Si tratamos de asuntos relativos a personas, y la responsabilidad se mueve desde luego en esta órbita, el punto de partida no puede ser otro que la persona. Ahora bien, la perspectiva externa, aun siendo cierta como visión del mundo, no es la de la persona. De hecho en ella se diluye la personalidad trasformándose en un segmento más de la cadena causal, tan determinado (o azarosamente indeterminado) como los demás segmentos en que podemos arbitrariamente dividirla. Para el yo consciente ese segmento no es uno más como cualquier otro, es él mismo, el punto de partida y de llegada de todo lo demás. Pero entonces todo aquello que emana del yo, todas sus razones más íntimas, no puede ser reinterpretado internamente como mero efecto causal de hechos anteriores sin que la propia personalidad desaparezca. En otros términos, el respeto a la personalidad, que es un elemento esencial de la responsabilidad moral, obliga a detener la indagación causal precisamente en el punto en el que quedaría cuestionada la propia personalidad.

Con ello hemos alcanzado un punto de corte de los antecedentes causales como el que estábamos buscando. Este punto no marca la originación del hecho en términos absolutos, ya que tal cosa no existe en un mundo causal, pero sí marca el punto de arranque del hecho como emanación de la personalidad, que es lo único que verdaderamente debe importarnos. Cuando consideramos a alguien subjetivamente responsable de un hecho consciente y voluntario que surge de su yo, estamos haciendo algo más que vincularlo causalmente con el hecho, estamos reafirmando como persona. Al imputarle el hecho a él y no a antecedentes causales que se remontan más allá de él le *reconocemos su condición personal*. Cada acto de imputación es una pieza de construcción del edificio de la personalidad. Sean cuales sean los perjuicios que se asocien al hecho imputado, de ello el autor obtiene siempre el beneficio de la afirmación de su propio yo, lo que permite justificar una distribución inicialmente desequilibrada.

La idea expuesta, convenientemente desarrollada, puede ser fecunda para delimitar adecuadamente la responsabilidad subjetiva, y con ello la responsabilidad jurídica basada en el merecimiento, y ello sin necesidad de acudir a presunciones normativas. Al determinar si un sujeto singular puede ser considerado responsable de un hecho la cuestión a indagar no es si pudo actuar de manera distinta a como lo hizo, sino si el hecho es expresión (manifestación singular) de su personalidad y si él se lo representa de esa manera. En caso afirmativo, la respuesta frente al hecho ya no puede ser del

mismo tipo que la que empleamos frente a hechos naturales o a hechos humanos no responsables, en los que nos limitamos a realizar una valoración *objetiva* del hecho atendiendo a sus efectos beneficiosos o perjudiciales, sin que este tratamiento afecte a la personalidad del autor, que ve el hecho como algo en cierta forma ajeno a él. Frente al hecho responsable, emanado del yo del autor, la respuesta lo es a la vez a las características objetivas del hecho y *al propio autor*.

De este enfoque no pueden esperarse grandes cambios en la fijación de las causas que excluyen la responsabilidad, aunque seguramente sí una mejor fundamentación que permita además tratar adecuadamente los casos límite. En este punto, el desarrollo histórico de los ordenamientos jurídicos ha seguido patrones muy sensatos (176) y, en lo sustancial, no parece necesario cambiarlos. Pero el punto de vista sugerido, que enlaza con ideas de larga tradición en la filosofía moral y que han tenido influencia decisiva en el progresivo afianzamiento del principio de culpabilidad, debe servir para mantener esta línea, refinando la aplicación práctica del principio y protegiéndolo frente a los cíclicos ataques que sufre (177).

Ahora bien, la solución propuesta al problema de la responsabilidad subjetiva no se agota en la conexión del hecho con el yo del autor, en la perspectiva interna. También las teorías basadas en la

(176) Repárese, por ejemplo, en que para apoyar una eventual circunstancia de inimputabilidad en el lenguaje ordinario no se apela a argumentos como «no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo», sino a otros –que se mueven en la línea del criterio sugerido de desconexión del hecho y la personalidad del autor–, como «no era él»; «estaba fuera de sí»; «estaba enajenado», etc.

(177) Un ejemplo discutido, tomado del Derecho penal, puede ser ilustrativo: el tratamiento de la denominada imprudencia inconsciente. Mayoritariamente se admite en la doctrina penal que el hecho imprudente inconsciente da lugar a responsabilidad. De hecho, las dificultades para abarcar la imprudencia inconsciente fueron uno de los argumentos de peso para el abandono por la doctrina de la concepción psicológica de la culpabilidad en favor de la normativa. Sin embargo, en este caso no hay posibilidad de genuina imputación porque falta un elemento central de la responsabilidad subjetiva: el hecho no procede de la personalidad del autor sino que para él se presenta como un acontecimiento fortuito. Un consecuente desarrollo del principio de culpabilidad debería llevar a excluir de la responsabilidad penal todas aquellas imprudencias que sean inconscientes en sentido estricto, esto es, que no puedan ser remitidas a un momento consciente previo. Más detalladamente sobre esta cuestión, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), pp. 724 ss.

capacidad de actuar de modo distinto apelaban a este mismo dato (aunque no lo interpretaran de la misma manera). Quizás el aspecto más destacado de la propuesta sea la consideración de que, si bien la perspectiva interna es el marco básico para una teoría de la responsabilidad personal, no es el único marco. El reconocimiento de que no hay un yo originador en el sentido estricto del término no puede ser pasado por alto cuando se trata de una justa distribución. Porque si bien es cierto que al fijar el corte causal en la acción imputable a la persona la reconocemos como tal, a la vez hemos de aceptar que las razones profundas que configuran el yo no proceden (no pueden proceder) del propio yo, sino de antecedentes que le son ajenos (178). La suerte se convierte así en un factor decisivo en la conformación de la personalidad, y somos conscientes de ello porque intelectualmente podemos situarnos en la perspectiva externa. Por lo ya apuntado, no parece posible *sentir* plenamente las ataduras causales de nuestro yo, pero sí reconocerlas intelectualmente como una consecuencia más de la estructura general de la realidad descrita por la ciencia. Ante este hecho, la actitud no puede ser olvidarnos de la perspectiva interna, porque ello diluiría la persona en el mundo de los eventos, pero tampoco olvidarse de la externa, sino más bien tratar de encontrar un punto de equilibrio entre ambas, lo que a la vez puede servir para reconciliar dos visiones históricas antagónicas sobre el significado del determinismo para nuestras vidas, la que lo ve como una amenaza que debe ser conjurada y la que destaca sus efectos positivos. Creo que en ambas se encuentra una parte de la razón, que sólo puede obtenerse completa combinándolas.

La visión más habitual asociada al determinismo es que supone una amenaza para nuestra condición de personas, de seres conscientes y responsables de nuestros actos. De aquí surge la denominada pesadilla del determinista. También es frecuente considerar que la creencia en el determinismo favorece, cuando no aboca necesariamente, al fatalismo, una actitud vital con merecida mala fama. Como hemos tenido ocasión de ver, las posiciones libertarias muchas veces no presentan otro punto de apoyo que el rechazo visceral a aceptar que las cosas son así. Pero no todo el mundo ve el determinismo como una amenaza. Son cada vez más quienes creen

(178) Como ha afirmado VON WRIGHT, no tiene sentido preguntar si depende del agente tener las razones que tiene, las razones son «hechos sobre el hombre» pero «no son sus hechos» —«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 13 y s—.

que aceptar la sumisión del hombre al principio causal no sólo no nos arroja en brazos del fatalismo, sino que nos hace a la vez más humanos en el trato con nuestros semejantes y menos soberbios en las relaciones con el resto de la naturaleza.

Creo que estas dos maneras contrapuestas de ver el determinismo tienen parte de razón. El determinismo es una amenaza si la creencia en él nos arrastra a minusvalorar nuestra capacidad de acción, cayendo en una apatía fatalista, pero no creo que esto sea un verdadero riesgo. Hay muchos pensadores que se han resignado hace tiempo a aceptar la determinación de sus actos, sin que ello haya afectado a su energía vital. La razón es evidente: el determinismo es compatible con cualquier grado de iniciativa. Si se cree en el fatalismo, se actuará de manera fatalista; si se cree en la iniciativa individual, el saber que esa creencia procede de los genes, el ambiente o cualquier combinación de ambos no alterará en un ápice las ganas de hacer cosas. El determinismo es *neutro* en sus implicaciones porque *siempre da la razón a cualquier cosa que haga el agente*. El fatalista dirá que él tenía razón y será cierto, pero a la vez no se dará cuenta de que es precisamente su creencia en el fatalismo lo que hace a éste verdadero. Teóricamente, sin embargo, debería percatarse de este hecho al contemplar la actividad de quienes tienen iniciativa; tan determinados como él y a la vez tan activos. También a ellos les da la razón el determinismo.

Más peligrosa, por más real, me parece la tendencia a interpretar el determinismo de una manera excesivamente reduccionista, como si su aceptación implicara la necesidad de prescindir de la responsabilidad personal, y en general de la moralidad, y sustituirla por actitudes objetivas que no entrañen reproche o alabanza alguna. Ciertamente no es fácil que esta actitud pueda cuajar de manera generalizada, como acertadamente han destacado Strawson desde la filosofía moral y Schünemann desde el Derecho penal, pero sí podría favorecer respuestas parciales en esta línea, y buena prueba de ello son algunas de las propuestas de eliminar la culpabilidad sustituyéndola por la peligrosidad del autor. Frente a ello, la propuesta que aquí se hace conjura este peligro apelando a la perspectiva interna del sujeto consciente, en la que la responsabilidad subjetiva es parte inseparable del proceso de afirmación de la identidad personal.

Pero quienes destacan las ventajas de aceptar nuestra sumisión al principio causal también tienen razón. La creencia en una libertad originaria establece una barrera en torno a nuestra especie; entraña la

aceptación de una «especial y desconcertante separación del mundo natural» que favorece nuestra arrogancia (179). La aceptación de que también en esto somos parte de la naturaleza puede provocar un efecto beneficioso en nuestras relaciones con otros seres vivos, como sin duda provocó la teoría darwinista de la evolución.

Más importantes son las ventajas que podría tener en las relaciones interpersonales. El concepto de responsabilidad hoy dominante, al menos en Occidente, se basa en una imagen maniquea del hombre, precisamente la imagen propia de quienes hipertrofian la perspectiva interna y se olvidan de la externa. Se fija la atención en la acción libre que emana de la persona pero se oculta la determinación causal del yo, afirmando un falso libre albedrío para ser como se es; y ello es injusto. La imagen libertaria, que está en la base de esta forma de ver la responsabilidad, es la de un ser incontaminado al que se sitúa en el mundo sin condicionamientos previos, sin razones externas a él mismo, y que puede libérrimamente elegir entre el bien y el mal, y en esta situación habría quien decide escribir la *Crítica de la razón pura* y quien opta por degradarse cometiendo atroces delitos. Ni la ciencia ni el sentido común permiten conclusiones de este tipo. Frente a ello, entre los autores deterministas ha habido siempre una elogiada corriente que ha interpretado la aceptación del determinismo no como una vía franca a la degradación moral de la persona, sino como una llamada de atención sobre la escasa equidad en el reparto natural o social de ciertos dones y sobre la necesidad de una visión tolerante, humana, de los demás.

Recuperar para el concepto de responsabilidad lo bueno de esta visión me parece esencial y se consigue introduciendo en el debate la perspectiva externa. Desde un punto de vista práctico ello debería provocar la *atenuación* del juicio de reproche que se formula al autor por sus actos. No se trata ya de un reproche absoluto como el que correspondería al autor originario, sino de algo más matizado en el que se pone de manifiesto la incorrección del acto, su carácter intolerable para la vida social y a la vez el reproche al autor porque el acto emana de su persona. Y puede hacerse el reproche en términos duros, acordes a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, pero sin un reproche añadido por ser como se es, lo que debería permitir una más fácil aceptación por el autor de razones que hasta ahora no pesaban en su decisión. Por otra parte, el reconocimiento

(179) WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit. p. 225, también p. 239.

de que la comisión de delitos suele ir asociada a situaciones de infortunio en el desarrollo vital del autor –falta de medios, de afecto, de educación–, debería también orientar la aplicación del castigo, insistiendo siempre en la idea de resocialización, facilitando al condenado con generosidad los medios que puedan servir para un replanteamiento de aquellos aspectos de su personalidad incompatibles con una pacífica convivencia. En este punto los criterios de equidad, de compensación del infortunio en la responsabilidad jurídica deben actuar también como elemento limitador de la idea de merecimiento.

Con ello llegamos al final del trabajo. Comenzaba analizando el concepto de responsabilidad, y el desarrollo de aquella idea nos ha llevado lejos. La finalidad inicial de la investigación era determinar qué criterios permiten justificar la responsabilidad jurídica, la imposición reglada de consecuencias gravosas, lo que trajo consigo la necesidad de analizar en la segunda parte el principal de estos criterios: la comisión subjetivamente responsable del hecho que origina la responsabilidad jurídica, adentrándonos así en una de las más clásicas polémicas de la filosofía moral y del Derecho.

Uno de los trabajos citados comienza con una confesión de escepticismo del autor acerca de la posibilidad de decir algo significativamente novedoso en este tema (180). Desde entonces han pasado bastantes años, y siguen publicándose sin interrupción artículos y monografías que lo abordan desde cualquiera de sus múltiples dimensiones, lo que es un indicio a la vez del interés que despierta y del escaso acuerdo obtenido en su resolución. Ello hace pensar que más que algo nuevo, lo difícil aquí es decir algo que pueda resultar convincente a todo el mundo, seguramente porque están en juego demasiadas cosas. Podría pensarse que el progresivo avance de la ciencia nos dará algún día, quizás no muy lejano, una respuesta a algunas de las cuestiones planteadas, pero hasta eso resulta dudoso. Entran aquí en colisión dos perspectivas muy diferentes y en cierta forma antitéticas de enfocar el problema: la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo, y la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de una realidad científicamente explicable. Mi intención ha sido mostrar que si hay alguna solución al problema, debe venir de la aceptación de ambas perspectivas.

(180) CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), p. 24.

**Medios de tutela ante los juicios paralelos
durante la fase de juicio oral
(a propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio
–caso de la Mesa Nacional de HB–)**

PILAR OTERO GONZÁLEZ

Profesora Titular Interina. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento.–II. Concepto de «juicio paralelo».–III. Posibles riesgos del juicio paralelo. 1. Posible influencia sobre el órgano judicial. 1.1 El derecho a la imparcialidad del juez. 1.2 La independencia de la función jurisdiccional. Aproximación al concepto penal de independencia. 1.3 La autoridad del Poder judicial. El desaparecido delito de desacato. 2. Riesgo de pre-juzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial. 3. La posible vulneración de los derechos al honor y a la intimidad. Aproximación al concepto penal de honor.–IV. Presencia de los periodistas y de los medios audiovisuales en las audiencias procesales.–V. El juicio paralelo en la fase de deliberación de la sentencia.–VI. Medios de tutela frente a los riesgos detectados.

I. PLANTEAMIENTO

La STC 136/1999, de 20 de julio, que otorgó el amparo a los miembros de la Mesa Nacional de HB, los cuales habían sido condenados por el TS en sentencia de 29 de noviembre de 1997 como autores de un delito de colaboración con banda armada, permite profundizar de nuevo en un tema tan conocido como es el de los

juicios paralelos y el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que es útil como hilo conductor para intentar delimitar cuáles son los bienes jurídicos en conflicto, si es que están efectivamente enfrentados, así como arbitrar los posibles medios de tutela para proteger el bien jurídico preferentemente aplicable.

La Mesa de HB acordó asumir el contenido de unas videocintas que determinados miembros no identificados de la organización armada ETA les habían hecho llegar, así como difundirlas cediendo a dicha organización los espacios electorales correspondientes a la citada asociación política. Las videocintas no llegaron a emitirse por decisión de la Audiencia Nacional.

Los demandantes de amparo alegan que han sido condenados por el «acuerdo e intento» de difundir durante la campaña electoral, en su condición de dirigentes de una asociación política legal, una información veraz sobre un hecho de interés general y relevancia pública como son las propuestas de ETA para «lograr el final de la violencia en el País Vasco». La condena, a juicio de los recurrentes, conculca, a los efectos que ahora nos interesa —porque se dilucidaron otras muchas cuestiones en la sentencia—, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) por vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial y el derecho a la presunción de inocencia así como la libertad de información prevista en el artículo 20.1.d).

Al respecto, se quejan los demandantes de la pasividad del Ministerio Fiscal y del Tribunal al no haber adoptado medida alguna para preservar su independencia frente a presiones de instancias políticas mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación informando de la decisión que supuestamente adoptarían los Magistrados al enjuiciar la causa.

En esta alegación se plantea el riesgo que supone el juicio paralelo de poner en peligro el regular funcionamiento de la Administración de Justicia y, en especial, no tanto la pérdida de respeto por la función de los tribunales o su propio prestigio, cuanto el menoscabo de la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de jueces y tribunales en la medida en que la opinión en los medios de comunicación sobre un proceso y su fallo puede influir en la decisión de los jueces, influencia que puede ser mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de otros poderes públicos del Estado.

II. CONCEPTO DE «JUICIO PARALELO»

«[...] La protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos se encuentra contrapesada, externamente por las libertades de expresión e información que reconoce el artículo 20 de la CE e, internamente, encuentra límites dentro del propio artículo 24 CE, porque la publicidad no sólo es un principio de ordenación del proceso sino un derecho fundamental deducido del artículo 24.2 CE. En consecuencia, la salvaguarda de la «autoridad e imparcialidad» del poder judicial puede exigir restricciones a la libertad de expresión e información pero ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los tribunales» [...].

«[...] Cuando las declaraciones sobre los procesos en curso se dirigen a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican las restricciones a las libertades de expresión y de información, a pesar del carácter esencial de estas libertades en una sociedad democrática, que se aplica también en el ámbito de la Administración de Justicia pues sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido [...]».

«[...] Si estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos por el relieve que adquiere aquí la formación de la opinión pública libre. Por ello, a esta función de los medios de comunicación se añade el derecho del público a recibirla. Esto no significa que los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates en los medios de comunicación, compatible con las exigencias del principio de publicidad procesal siempre que no franqueen los límites que marca la recta administración de justicia».

Es cierto que efectuar declaraciones en el curso de un proceso acerca del sentido que debiera tener el fallo no contribuye positivamente a la incolumidad del ejercicio de la función de juzgar, pero también es cierto que manifestar el deseo de cuál debiera ser el sentido del fallo no significa un juicio paralelo capaz de menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad del tribunal.

Partiendo de esta idea, es preciso recordar (aunque el recordatorio resulte tedioso) que, desde hace unos años, la información sobre los procesos penales ha adquirido una inusitada y preocupante trascendencia. Si bien es justo reconocer el importante papel que cumple en nuestra sociedad la publicidad de la justicia en general, y

los medios de comunicación en particular, siendo un instrumento de control de la actividad judicial, no es menos cierto que no siempre son éstos sus intereses, sino que tras ellos se encierran otros de índole económica o política, dirigiendo su actividad hacia las noticias más impactantes no exentas de un posible significado tergiversado. De forma que el ocultismo, la falta de rigor informativo, la desinformación intencionada, la manipulación, el sensacionalismo, configuran una realidad a la medida de las necesidades de los medios de comunicación que dejan al receptor sin armas para reaccionar y sin una información veraz y contrastada.

El principio de publicidad procesal (1), pues, cumple la doble función de ser, en primer lugar, una garantía del individuo sometido a un proceso penal (es el aspecto subjetivo e interno de la publicidad), y, en segundo lugar, se concibe desde una perspectiva social, al constituirse en uno de los más importantes criterios legitimadores del Poder Judicial, lo que hace más difícil una actuación arbitraria (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –art. 9.3 CE–), procurando la credibilidad de las actuaciones de los Tribunales de justicia, lo que contribuye a asegurar la *confianza* de la opinión en la Administración de Justicia (2).

Es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva precisa de la publicidad de la justicia, pero si ésta es desmedida e incontrolada compromete, al mismo tiempo, el derecho a un juez independiente e imparcial, íntimamente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, la publicidad del proceso contribuye a la conformación del proceso justo en la medida en que los medios tienen como misión difundir esa información y el público el derecho a recibirla. El problema es excederse de los límites porque lejos de suponer una sobreprotección del derecho a un justo e imparcial, deriva en una vulneración de ese mismo derecho.

(1) Sobre este principio, puede consultarse mi trabajo, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1999, pp. 11 a 27.

(2) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información», en *Consejo General del Poder Judicial: la instrucción del sumario y las diligencias previas*, pp. 2 y 3. MARTÍNEZ PEÑA, Eduardo, «Procesos paralelos: información y veracidad. Marco jurisprudencial», en *La Ley*, 19 de febrero de 1999, pp. 1 y 2. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia», en *Revista del Poder Judicial, núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 65 ss.

En concreto, una publicidad abusiva puede perjudicar la necesidad de que el proceso se desarrolle equitativamente, creando lo que se denomina «juicio paralelo» o proceso paralelo, como lo denomina algún autor (3), esto es, el conjunto de informaciones aparecidas durante un largo período de tiempo, en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*, a través de las cuales se efectúa una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial, de tal forma que los medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y de abogado defensor, así como muy frecuentemente de juez (4); no consiste, pues, en criticar una actuación judicial, aportando nuevos elementos de juicio cuya veracidad se ha contrastado, sino de sustituir, mediante la propia versión de los hechos, los resultados de las actuaciones, pese a que la veracidad de lo expuesto no haya sido verificada.

En otros términos, el juicio paralelo es distinto de la información exhaustiva realizada por el medio de comunicación. La reiteración de noticias (dice la STC de 20 de julio de 1999) y el debate sobre sucesos judiciales importantes suponen una lícita actividad profesional. Por el contrario, el juicio paralelo, por motivos políticos, económicos o demagógicos implica un acoso, una presión manifiesta a la labor judicial, porque analiza las pruebas, las declaraciones testificales, los dictámenes periciales, tratando de suplantar al juez (5).

Sin embargo, los juicios paralelos (6) no tienen por qué constituir necesariamente un problema, plantearlo como problema es en sí mismo problemático, porque supondría poner en tela de juicio la coherencia del sistema democrático, sostenido sobre el pilar esencial del libre flujo de informaciones y opiniones.

Hay que partir, por tanto, de la base de que los medios de comunicación tienen encomendada la misión de informar sobre la

(3) MARTÍNEZ PEÑA, Eduardo, «Procesos paralelos...», p. 11, porque se trata de la injerencia informativa que se inicia desde la *notitia criminis* hasta la fase de ejecución de la sentencia.

(4) ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, «En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», en *Poder Judicial*, núm. especial XIII, 1990, p. 123.

(5) DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid: Universitas, 1998, p. 61.

(6) Como afirmó Vives Antón, T. S., en una conferencia pronunciada el 8 de mayo de 1998, en Sevilla.

justicia penal de la forma más libre y objetiva, de «vigilar» el sistema judicial penal, por exigirle el interés social (7). Por otro lado, el tribunal, si ha de ser imparcial, debe actuar ateniéndose a razones que sólo pueden proceder del Derecho. Luego, en principio, el juez tiene que ser imparcial porque es la base de su legitimación, y para conseguirlo, ha de permanecer ajeno a toda influencia y, muy especialmente, a la que procede de las opiniones de los medios de comunicación.

Quizá por eso sea más correcto en esta fase de juicio oral no hablar de enfrentamiento de derechos. El derecho a informar y a ser informado no se enfrenta en la mayoría de los casos al derecho a toda persona a la presunción de inocencia, a un juicio justo, a ser juzgada por un juez independiente e imparcial sino, en su caso, al derecho al honor, intimidad e imagen y dignidad, conflicto que debe solucionarse con los mismos criterios con los que se resolvería ese enfrentamiento entre los derechos de un ciudadano y los de un informador fuera del ámbito judicial (8).

Ahora bien, partiendo de que la deseable impermeabilidad de los jueces no existe, es *posible* que el juicio paralelo pueda resultar perturbador desde la perspectiva de un juez imparcial. Por tanto, el «problema» consiste en determinar, que no es poco, cuándo la campaña de prensa (a mi juicio, *excepcionalmente*), tiene virtualidad para afectar al derecho a un proceso con todas las garantías.

III. POSIBLES RIESGOS DEL JUICIO PARALELO

El juicio paralelo puede suponer una distorsión para el proceso penal, que se acentúa en la fase de juicio oral cuya publicidad se

(7) SCHNEIDER, Hans Joachim, «La criminalidad en los medios de comunicación de masas», en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 12, núm. 45, enero-marzo, 1989, p. 95. JUANES PECES, Ángel, «Los juicios paralelos. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El derecho a un juicio justo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 378, año IX, 18 de febrero de 1999, p. 5. El mismo autor, en *Revista del Poder Judicial...*, p. 156.

(8) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial», en *Revista del Poder Judicial, núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 236.

permite, y que se concreta, en mi opinión, en tres aspectos fundamentales: Primero: posible influencia sobre el órgano judicial. Segundo: riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso. Tercero: posible vulneración de los derechos al honor y a la intimidad del inculpado.

1. Posible influencia sobre el órgano judicial

La posible influencia sobre el órgano judicial implica que se reconozca una evidente conexión entre la publicidad del proceso y el derecho a la imparcialidad del juez que tiene su asiento en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable», en el artículo 10.2 del Convenio Europeo: «el ejercicio de estas libertades –expresión, información, etc.–, podrá ser sometido a ciertas condiciones... para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial», y en el artículo 24 de la CE.

1.1 EL DERECHO A LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

La imparcialidad del juez (9) ha sido abordada por el TEDH (entre otros en el caso *Piersack c. Bélgica*, 1 de octubre de 1982) y se compone de un aspecto subjetivo, conectado con la convicción personal de éste de enjuiciar sin influencia de ninguna índole (desde esta perspectiva, la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas, es decir, objetivamente justificadas, tal como ha asumido el TC, entre otras, en STC 162/1999 –caso Hormaechea–; 66/2001 –caso Marey–), y de un aspecto objetivo (10) que representa la imagen de un juez que ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su gestión, lo que implica una manifestación del principio de

(9) *Vid.*, ampliamente, ORTELLS RAMOS, Manuel, «Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 181 a 186.

(10) Sobre la construcción equivocada de estos términos y el consiguiente rechazo de estas dimensiones, *vid.* VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma del proceso penal (II)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 67.

presunción de inocencia. Esta perspectiva se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, parágrafo 48).

Es decir, «imparcialidad» puede definirse, en general, como la ausencia de prejuicio o prevención, sin embargo, el TEDH ha sostenido en repetidas ocasiones que lo que está en juego al defender la imparcialidad de los tribunales es la confianza que éstos deben proporcionar al acusado en un proceso penal y a los ciudadanos en general (caso Frey c. Austria de 24 de febrero de 1993, caso Worm c. Austria 1997: «minar la confianza del público en la función que desempeñan los tribunales en la Administración de la justicia penal» o STEDH de 11 January 2000 case of news verlags GmbH & CoKG v. Austria, parágrafo 56).

La imparcialidad es así el *fundamento de la confianza* de los ciudadanos en el funcionamiento de la Administración de justicia (STC 66/2001, de 17 de marzo –caso Marey–). En la STC 136/1999 se alude a esta vertiente de imparcialidad: se afecta a la misma «cuando se propicia un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados poniendo en entredicho la necesaria serenidad del tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores». En consecuencia, es preciso salvaguardar esta imagen de objetividad que el juzgador ha de transmitir a la comunidad. Por eso en esta materia las apariencias son relevantes.

El problema de garantizar la imparcialidad del juzgador se incrementa en el sistema de justicia por jurados, pues parece que éstos son más vulnerables a la profusión de información que los jueces técnicos (11). En todo caso, el modelo mixto de escabinado como en países de nuestro entorno, Francia, Italia..., reduciría este problema, al mismo tiempo que cumple sobradamente el mandato constitucional consistente en el derecho subjetivo del ciudadano a participar en los asuntos públicos (art. 125 CE). Un ejemplo puede

(11) En sentido contrario, FERNÁNDEZ VEGA, Teresa, «Procesos paralelos en prensa (la constante necesidad de pactar la convivencia)», *Conferencia pronunciada el 4 de mayo de 1998. II Jornadas sobre medios de comunicación y sistema constitucional*, Universidad de Sevilla: Fundación El Monte, p. 2, quien afirma que aunque pueden parecer más propensos los jueces legos que los profesionales a dejarse influenciar por las informaciones acerca del proceso, la realidad no es ésa, pues el problema del proceso paralelo, a su juicio, afecta a cualquier forma de enjuiciamiento, y quizá el juicio por jurado dispone de más mecanismos de defensa que el juez técnico para aislarse de tal influencia.

refrendar esta idea: el sociólogo Simon (12) investigó la relación entre la exposición a publicidad del juicio y el veredicto de los miembros del jurado. Los jurados empapados de esta publicidad tendieron a creer en mayor medida que el acusado era culpable. Asimismo, hubo problemas a la hora de confeccionar un jurado imparcial para juzgar al general Noriega, después de las informaciones caecidas en los medios de comunicación.

La garantía de imparcialidad conecta con otra garantía esencial del proceso debido; la práctica de pruebas pertinente en condiciones óptimas de inmediatez y contradicción (13), en la medida en que la interferencia de los medios de comunicación puede influir en el contenido de las declaraciones testimoniales vertidas en la fase de juicio oral, con lo cual, este aspecto del proceso debido se ve afectado en mayor medida en esta fase de juicio oral a través de la presión de los medios de comunicación.

La regla de producción plenaria de la prueba sirve, además, como test de la imparcialidad del tribunal en cuanto la previa inmersión procesal al acto de juicio oral por parte del tribunal en la obtención de medios de prueba, constituye causa de abstención/reclusión por pérdida de imparcialidad objetiva. Ello permite afirmar que la inmersión por parte de los medios de comunicación durante el desarrollo del juicio oral produce el mismo riesgo de afectación a la imparcialidad (14), porque no es relevante que el juez sea realmente imparcial o no (cuestión de difícil prueba) sino que es suficiente que de su comportamiento se pueda deducir de forma razonable tal suposición, en cuyo caso debería abstenerse (15).

(12) SIMON, R. J., «The effects of newspaper on the verdicts of potential jurors», en R. SIMON (ed.), *The Sociology of Law*, San Francisco: Chandler, 1968. Sobre otros factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los jurados, *vid.* DE PAUL VELASCO, Pilar, «Factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los miembros del jurado», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 50, 1993, pp. 657 a 666.

(13) HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos y proceso penal (Razones para una necesaria intervención legislativa)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 3, Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 123. Del mismo autor, «Justicia Penal y medios de comunicación: los juicios paralelos», en *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 77.

(14) HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos...», p. 130. Del mismo autor «Justicia penal...», p. 88.

(15) MORENO CATENA, Víctor, «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», en *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a Santiago Varela*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 307.

1.2 LA INDEPENDENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO PENAL DE INDEPENDENCIA

La independencia judicial es el instrumento de la imparcialidad, es una condición indisolublemente unida a la imparcialidad del ejercicio de jurisdicción sin soportar presión de especie alguna y, en la misma medida, sin que la decisión jurisdiccional pueda ser fruto de las personales convicciones o intereses del juez (16), y supone la garantía de que no habrá otro imperio que el de la ley (17), idea que inevitablemente se relaja con la admisión de múltiples métodos interpretativos que convierten el acto de interpretación del juez prácticamente en acto de creación del derecho.

En otros términos, la independencia es incompatible con cualquier clase de presión exterior e interior, lo que significa que una decisión judicial que no esté inspirada en la ley sino en personales convicciones o intereses del juez no sería expresión de independencia y la crítica a esa actuación no podría ser calificada de crítica a la independencia judicial (18). Desde este punto de vista (19), el órgano judicial debe ponderar hasta el límite racionalmente asumible qué tipo de información procede transmitir durante el proceso a los medios de comunicación (20) al objeto de no incentivar los efectos más perniciosos del juicio paralelo que se genera precisamente, en muchas ocasiones, a través de una gratuita actividad informativa del órgano judicial, lo que no implica (21), ni mucho

(16) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 346.

(17) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 346. Del mismo autor, ampliamente, *La justicia penal en España*, Pamplona: Aranzadi, 1998.

(18) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 347 y 348.

(19) CARRILLO, Marc, «Los tribunales de justicia y sus obligaciones informativas», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 195.

(20) Sobre los límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces, *vid. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago; BODAS MARTÍN, Ricardo; RACIONERO CARMONA, Francisco; BELTRÁN NÚÑEZ, Arturo; GABALDÓN LÓPEZ, José; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel*, en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 373 a 444.

(21) En sentido contrario, GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Po-

menos, que se deba mantener alejados a los jueces de los medios de comunicación.

Con ello pretendo significar (22) que los juicios paralelos pueden parecernos desagradables, desinformadores, pero no deben atacar a la independencia judicial puesto que ésta no tiene por qué sentirse turbada por lo que se diga extramuros del proceso, salvo que la jurisdicción esté a cargo de personas inadecuadas para ejercerla. Pero ello no obsta para que un juicio paralelo pueda implicar un ataque al honor de las personas o al respeto debido a los jueces, que merecerán otra calificación jurídica distinta a un atentado a la independencia. Por tanto hay una confusión entre autoridad (falta de respeto a la actuación judicial) y ataque a la independencia.

Cuestión diferente es que estos medios puedan hacer creer que una determinada decisión jurisdiccional no es conforme a derecho sino que ha sido forzada mediante presiones externas. En este sentido, el ataque a la independencia es un ataque a la imparcialidad (que guarda, por cierto, relación con la vertiente de imparcialidad que se ha destacado digna de protección).

Es necesario, como siguiente paso, acuñar un concepto penal de independencia de la función jurisdiccional para saber si el ataque a la misma se debe castigar penalmente, debido a que la palabra independencia (23) en relación con la justicia es usada con una ligereza proporcional a la falta de reflexión sobre su significado. Antes de definir esta independencia en sentido penal es preciso concretar de quién se predica esa independencia. Se habla de independencia de la función jurisdiccional.

El primer requisito que se exige a los Jueces y Magistrados para administrar justicia con el fin de garantizar la correcta aplicación de la ley es la *independencia*. Este término comprende tanto la independencia del Poder Judicial como abstracción o institución, vinculada a la teoría de la separación de poderes nacida del Estado

der Judicial, 1999, p. 170, pues sostiene que la mejor manera de respetar la independencia de los jueces, defender la confianza en los mismos, la presunción de inocencia de los inculpados y la credibilidad de los medios parece ser la de mantenerlos alejados de los medios de comunicación quedando en manos de protavocados neutros nombrados por ellos en nombre de los cuales deberá informar a la opinión.

(22) Siguiendo a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 352 y 358.

(23) Como afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 344.

liberal, como la independencia entendida como condición de la imparcialidad y proclamada, por tanto, no del Poder Judicial como institución sino del juez o magistrado en concreto.

Los atentados a la independencia de los *órganos* que llevan a cabo tal función, que es un problema de carácter político, atinente a la división de poderes del Estado, en el ámbito penal se canalizan a través de la usurpación de atribuciones y suponen, en definitiva, un atentado al orden Constitucional. De hecho la figura delictiva se encuadra en el Título «Delitos contra la Constitución», en concreto, el artículo 508.2 del CP castiga a «la autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución [...]».

Por tanto, el ataque a la independencia en sentido amplio, vinculada a la separación de poderes, para que sea penalmente relevante, ha de ser cometida por funcionarios o autoridades (art. 508). Si la conducta que pretende doblegar la voluntad imparcial de los jueces ha sido realizada por particulares, no tiene repuesta penal, porque el legislador penal entiende que un particular puede desatar una campaña contra un juez para desacreditarlo pero no forzar su independencia, carece de capacidad formal suficiente para ello (24). Por tanto, primera consecuencia penal (en este caso no penal) que se puede deducir: que el ataque a la independencia del poder judicial vinculada a la separación de poderes no tiene relevancia penal cuando se realiza por particulares. Hay, en este sentido, una confusión entre *autoridad* (falta de respeto a la actuación judicial) y ataque a la independencia.

Sin embargo, a los efectos que nos interesa, esa independencia debe predicarse en la segunda acepción apuntada, esto es, no frente a otros poderes del Estado sino vinculada a la idea de ausencia de influencias externas de cada juez o magistrado en concreto que conoce de un asunto determinado, a fin de conseguir un juicio imparcial. Cuando se alude a la agresión a la independencia judicial en el ámbito de los juicios paralelos en la prensa se trata, por tanto, de tutelar la *función* jurisdiccional en cuanto tal, no a los *órganos* que llevan a cabo tal función.

Esta acepción entremezcla el respeto personal con el institucional, lo que explica que se hable de atentado a la independencia tanto por la producción de críticas injuriosas cuanto por la publicación de semblanzas personales del juez que impliquen un intento de

(24) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 353.

dar la imagen de falta de independencia (como condición de imparcialidad). La independencia, entonces, sólo puede considerarse atacada si se intenta que un juez resuelva un conflicto que no sea conforme a la voluntad del derecho (25).

Es decir, por un lado, la independencia es un concepto polisémico y, por otro, la idea de independencia no puede dominar toda la variedad de métodos de interpretación de la ley por parte de los jueces.

1.3 LA AUTORIDAD DEL PODER JUDICIAL. EL DESAPARECIDO DELITO DE DESACATO

Resta decidir si las conductas gravemente irrespetuosas hacia la persona de un juez o tribunal que implican el intento de dar la imagen de falta de independencia merecen respuesta penal específica. Para ello creo que se debe analizar –por su conexión– el concepto de «autoridad» del artículo 10.2 del Convenio: «el ejercicio de estas libertades –expresión, información, etc.– podrá ser sometido a ciertas condiciones... para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial».

¿Qué es, pues, «autoridad»? «Autoridad» significa en el sentido del CEDH (por ejemplo, en el caso *Worm c. Austria* de 29 de agosto de 1997, caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, párrafo 55) que los tribunales de justicia son los órganos apropiados para resolver las controversias jurídicas y para pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de quien es acusado penalmente, de forma tal que los ciudadanos interioricen tal valor y que su capacidad para cumplir tal función les inspire respeto y confianza.

El TC español ha manifestado, acogiendo esta doctrina, que el conflicto, en este caso, es entre el derecho al honor de una persona revestida de *auctoritas* y el derecho a la libertad de expresión, más que de información, que tradicionalmente se ha incardinado en el delito de desacato.

El desacato ha desaparecido en el CP de 1995 (26) debido a que para muchos (entre los que me incluyo) no había razón constitu-

(25) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 348, 349 y 352.

(26) Sobre el delito de desacato en el Código penal anterior, *vid.* ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Barcelona: Bosch, 1993.

cional que justificara un plus de injusto y de penalidad cuando el sujeto pasivo de una injuria o calumnia era un funcionario o autoridad. Por tanto, estas conductas hoy deben tratarse como delitos de injuria o calumnia que, dirigidas a funcionarios, se sustraen del régimen general de persecución a instancia de parte porque sólo requieren la denuncia del ofendido (art. 215 CP).

Algunos autores (27) proponen acometer una reforma del vigente CP en la que expresamente se contemplaran como delito público, tanto las injurias al Poder Judicial, como las agresiones difamatorias de la presunción de inocencia del imputado, con el ánimo de influir en el órgano enjuiciador. Pero el hecho de que existan —por desgracia, frecuentemente— campañas de desacreditación a las decisiones judiciales no justifica, por mero criterio de oportunidad, la creación de un tipo específico de insulto a la autoridad, porque se recuperaría la polémica que llevó a la supresión de esta figura por ser contraria al principio de igualdad en la dignidad personal (28).

Hay que distinguir lo que constituye una simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con una lesión a su honor personal (STC 40/1992). La difusión de hechos relativos al ejercicio de la actividad judicial puede ser constitutiva de una intromisión ilegítima del derecho al honor si exceden de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que tiene lugar la divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona, máxime teniendo en cuenta que su posición institucional, como miembros del poder judicial, les obliga a mantenerse apartados del debate público, viéndose, en consecuencia, impedidos de reaccionar frente a los ataques, a diferencia de quienes voluntariamente se dedican a profesiones o actividades con notoriedad pública.

En este sentido, es preciso advertir que la crítica y la información dan paso muchas veces a la descalificación ofensiva a los tribunales. Estas campañas son atípicas penalmente porque, como se ha señalado, ha desaparecido el delito de desacato y porque hay que dejar constancia del papel esencial de la prensa en una sociedad de-

(27) Como GIMENO SENDRA, Vicente, «La sumisión del juez a la crítica pública», en *Revista del Poder Judicial* núm. especial XVII: *Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 305.

(28) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 352 y 353.

mocrática al que le incumbe comunicar informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general, siempre que no rebase ciertos límites, especialmente en cuanto a la reputación y los derechos del otro (caso Haes et Gisels c. Bélgica, STEDH 24 de febrero de 1997).

El tránsito de una campaña de presión que constituye una simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad al ataque personal se incardinará en el ámbito de las injurias o calumnias (29).

La confianza del público en la justicia constituye así el fundamento de la *auctoritas* del poder judicial que puede quedar lesionada mediante la crítica de las resoluciones judiciales cuando la misma afecte directamente al honor de los jueces. De forma que la «autoridad del poder judicial» entronca directamente con el aspecto de la imparcialidad que se ha destacado, como fuente de legitimación de la actividad judicial (30).

En el CP actual, por otra parte, se mantiene la falta de desacato (art. 634), dentro de las faltas contra el orden público. Ha cambiado, lógicamente, el propio bien jurídico. Ahora, el interés a proteger es el orden público que, mediante esta conducta, se ve afectado en la medida en que se falta al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes. Quizá se haya rebajado este tipo de conductas a la categoría de falta cambiándose el objeto de protección porque la sanción como delito (además de los problemas de inconstitucionalidad que planteaba) había supuesto un «efecto de desaliento» (31) sobre la libertad de expresión, dada la concepción que se mantiene de ésta en un Estado de Derecho. En consecuencia, las exigencias de tipicidad, que siempre son rigurosas, se deben extremar cuando limitan la libertad de expresión.

Por último, en relación a este primer posible riesgo de influencia sobre el órgano judicial que genera el juicio paralelo, hay que tener en cuenta que una cuestión es que se intente presionar al juez y otra distinta que esa presión surta el efecto buscado, que éste se

(29) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 350 y 351.

(30) En palabras de VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, «Jurisdicción, imparcialidad y juicio justo en el ámbito penal» (inédito), p. 94, esta idea de legitimación a través de la imparcialidad con el fin de contar con la confianza de los ciudadanos, se pone de relieve si reparamos en que la exigencia de imparcialidad es tan fuerte que cualquier juez que pueda resultar sospechoso de tener un interés en el litigio que ha de resolver, ha de ser apartado de su conocimiento.

(31) Sobre el efecto de desaliento, *vid.* SSTC 78 y 79/1995 y STC 190/1996.

sienta efectivamente presionado (32). Obviamente, el problema es demostrar que el tribunal efectivamente ha abandonado esa apariencia de imparcialidad como consecuencia de la opinión creada en torno al caso (33), porque si se exigiera la prueba de que la campaña informativa ha influido decisivamente en el Tribunal, sería prácticamente imposible su apreciación. De hecho, normalmente, no se necesita probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, basta la probabilidad fundada de que tal influencia existió (caso Worm, parágrafo 54).

Y si se prueba que efectivamente tal influencia existió, de forma que determinó la parcialidad del tribunal al dictar sentencia, estaríamos ante una verdadera prevaricación judicial, por tanto, ante un delito.

2. Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial

La práctica demuestra la lamentable frecuencia con que las informaciones por parte de los medios de comunicación se convierten en verdaderas «sentencias periodísticas que adelantan una condena». Se trata de la pena de banquillo o lo que es lo mismo, una condena social implícita, aun cuando la ulterior resolución sea absolutoria (34). Un claro ejemplo fue el caso de Telecinco en el que un periodista publicó el informe de acusación de un fiscal sin indagar la verdad contrastándola con todas las partes afectadas, atentando al derecho a la presunción de inocencia y, de forma indirecta, el derecho al honor. En efecto, el periodista publicó una interpretación sobre el informe del fiscal y el auto del juez estableciendo conclusiones que ni uno ni otro se habían atrevido a sacar (35).

(32) DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 79.

(33) Por ejemplo, en el caso del síndrome tóxico (STS de 23 de abril de 1992) se afirma que «la problemática de la imparcialidad de los tribunales no se logra excluyendo toda manifestación de opinión. Sólo se afecta si se demuestra que el tribunal ha abandonado las formas objetivas que corresponden a un tribunal imparcial como consecuencia de la opinión creada en torno al caso».

(34) CARRILLO, Marc, «Juicios paralelos y derecho a la información», en diario *El País*, jueves, 2 de abril de 1998, p. 11.

(35) Cfr. la crítica que hace a la actuación de este periodista MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Informe de una causa penal», en Diario *El Mundo*, viernes, 17 de abril de 1998.

Este derecho a la presunción de inocencia, por naturaleza, sólo puede ser violado por los poderes públicos y, más en concreto, por los órganos judiciales (36), aunque, indirectamente se puede recurrir ante los tribunales por violación de los derechos reconocidos en el artículo 18 la CE (honor e intimidad).

En la actualidad, sin embargo, ha habido diversos intentos de extensión de la presunción de inocencia a las relaciones entre particulares, que no han llegado a cuajar por la amenaza que representa para la libertad de prensa. No obstante, este postulado sigue siendo discutible, creo yo, porque, aunque la presunción de inocencia sólo se tiene formalmente frente al Estado, las «condenas» de los medios de comunicación pueden vulnerar este derecho, en la medida en que esta afectación guarda estrecha relación con la garantía del justiciable (piénsese en el caso Army, Alcásser, juicio Amedo-Domínguez, caso Filesa, caso Banesto...).

En consecuencia, el Poder judicial está legitimado para limitar el derecho a la información sobre el proceso para garantizar un juicio justo, pero ello no impide toda declaración a la prensa sino tan sólo aquellas que incluyan apreciaciones formales sobre culpabilidad (37).

Esta ponderación puede variar cuando el proceso afecta a un personaje público, porque estas personas están inevitablemente expuestas a un riguroso examen público tanto por los ciudadanos como por los periodistas (asunto Lingens c. Austria, de 8 de julio de 1986, parágrafo 42). Por todo ello, la posibilidad de pronunciarse sobre estos asuntos es más extensa cuando se refiere a un personaje público que cuando afecta a un particular. Lo mismo ocurre cuando colisiona el derecho a la información con el derecho a la in-

(36) Y, como afirma DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, «Libertad de información y “juicios paralelos”: la doctrina del Consejo de Europa», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año 15, núm. 1881, noviembre 2000, p. 14, sólo juega en una fase del proceso: en el momento de dictar una condena o absolución. Por eso tienen habilitación legal las medidas aseguratorias respecto a la persona o bienes del acusado que en otro caso supondrían una violación del principio a partir de indicios. No obstante, como afirma GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso...», pp. 166 y 167, la detención preventiva, utilizada con prodigalidad, puede favorecer el prejuicio de culpabilidad de la persona (al igual que también debilita la presunción de inocencia la lentitud del proceso).

(37) LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, «El derecho a la libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Comisión y del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 356.

timidad en el caso de personajes públicos, que se examinará a continuación.

3. La posible vulneración de los derechos al honor y a la intimidad. Aproximación al concepto penal de honor

La posible vulneración de estos derechos a través del juicio paralelo es particularmente difícil de subsanar en el ámbito penal por la protección fragmentaria de esta última (38) (limitada a aspectos puntuales), paliada, en parte, en el actual CP, cuyo Título X está dedicado a los delitos contra la intimidad. Pero fuera de estas figuras específicas, la intimidad recibe una protección indirecta por medio de las injurias (arts. 208 y ss.), debido entre otras causas a la imprecisa distinción entre los bienes jurídicos honor e intimidad y a la dificultad de la propia definición del bien jurídico «honor» y del bien jurídico «intimidad».

Ello ha obligado a la Jurisprudencia del TC a desarrollar un sólido posicionamiento en cuya evolución pueden distinguirse varios momentos, de los que ya me ocupé en otro lugar (39) y que huelga reproducir aquí, entre otros motivos, porque no se puede trasladar miméticamente la doctrina constitucional al ámbito penal ya que el esquema y las armas de tutela son radicalmente distintos.

Sin embargo, creo que interesa destacar el hecho de que en muchos casos [algunos autores (40) dirían en todos los casos] el honor es el único bien jurídico que se ve afectado por los juicios paralelos, pues, a mi entender, no deberían afectar ni a la presunción de inocencia, porque es garantía procesal de los ciudadanos frente al Estado –aunque sea un postulado discutible– ni a la independencia, que no puede considerarse alterada por las manifestaciones de

(38) Sobre el derecho al respeto de la esfera privada en el TEDH, *vid.* MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «El derecho al respeto en la esfera privada en la Jurisprudencia del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 291 a 333.

(39) *Vid., in extenso*, mi trabajo *Protección penal...*, pp. 49 a 56.

(40) CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXIII: La libertad de expresión y el Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 132. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 358.

los medios de comunicación, pues, de lo contrario, habríamos de preocuparnos seriamente por la calidad y acierto de las resoluciones judiciales.

Es decir, la vulneración de la tutela judicial efectiva a través del juicio paralelo se produce fundamentalmente en la fase del sumario, de por sí secreto para los terceros ajenos al proceso (art. 301 de la LECr), pero no implica, necesariamente, la vulneración de los derechos del honor y de la intimidad, y, en todo caso, los instrumentos de protección del primer derecho afectado no sirven para proteger también necesariamente los derechos al honor y a la intimidad.

Por el contrario, en la fase de juicio oral, el honor es el bien jurídico fundamentalmente afectado a través de los juicios paralelos. Un ejemplo permite aclarar esta idea: se ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por la madre de una de las niñas de Alcàsser, de Desirée, contra el autor del libro *¿Qué pasó en Alcácer?*, en donde aparecen determinadas fotografías del cadáver de la niña tomadas con motivo de la autopsia y, por tanto, extraídas del sumario. Concluida la fase sumarial y, a mi juicio, en contra de lo que afirma la citada sentencia, se levanta automáticamente el secreto externo porque el fin para el que el instrumento del secreto servía ya no se mantiene y, en consecuencia, la posterior publicidad del proceso penal en la fase de juicio oral puede amparar la publicación de materiales sumariales que, en principio, ya son de libre acceso al público, y, sin embargo, puede suponer una vulneración del derecho a la intimidad, como ocurrió, efectivamente, en el caso que nos ocupa, al reproducir el cadáver de una persona tras cometerse sobre él actos de violencia y su posterior asesinato.

En efecto, la invasión de los medios de comunicación en el ámbito de la intimidad de las víctimas del delito, especialmente en los de índole sexual, produce el riesgo de lo que se ha llamado victimización secundaria.

Si es el honor el bien jurídico en mayor medida afectado, encuentra su protección penal a través de las calumnias e injurias. Y partiendo del hecho de que la intervención penal, en este caso, respeta el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 20 CE, es preciso delimitar el concepto penal de honor.

A mi juicio, el concepto de honor que debe tutelarse en el ámbito penal es un concepto de honor real o merecido que significa que todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, no lesionan el honor, son atípicas, lo que me obliga a de-

cantarme por un concepto concreto de falsedad en los delitos contra el honor, que conlleva la inclusión tanto de la falsedad objetiva como de la subjetiva como elementos del tipo, y, que a su vez, está directamente relacionado con la aplicabilidad de la *exceptio veritatis*.

Esto significa por ejemplo, en el ámbito de la calumnia (es decir, imputación de un delito –un hecho–) que si la imputación es falsa pero el autor la cree verdadera, esto es, es veraz, nos encontramos ante un error de tipo, lo que da lugar –si es vencible– a una conducta imprudente, que carece de relevancia penal (por la incriminación específica de la imprudencia en el actual CP), pero no desaparece la lesión del honor.

Por el contrario, si la información no está contrastada pero resulta objetivamente verdadera, hay una tentativa inidónea del delito, que no se castiga en el ámbito de la calumnia por la función de la *exceptio veritatis*, calificada, según esta opción, como elemento del tipo (41), que excluye la punición de las formas imperfectas (42).

El CP español de 1995, sin embargo, parece decantarse por un concepto de honor aparente (que significa que cualquier hecho que menoscabe la fama de un sujeto, sea o no objetivamente verdadero, jurídicamente lesiona el honor), lo que implica que no se incluya la falsedad objetiva como elemento del tipo en el delito de calumnia (sólo la falsedad subjetiva es elemento del tipo, según esta opción), de tal forma que para que exista calumnia no es necesario que lo difundido sea objetivamente falso, puede ser objetivamente verdadero y constituir calumnia.

Ello impide aplicar la causa de justificación 20, 7.^a por falta del elemento subjetivo de justificación –la información es inveraz–. Son estos casos los únicos en los que, según esta opción, es opera-

(41) En cambio, bajo el CP anterior, los que consideraban que la *exceptio veritatis* era causa de atipicidad, en el ámbito de la calumnia resultaba innecesaria y redundante. Así, DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «Algunos aspectos sustantivos y procesales de los delitos de injuria y calumnia», en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XXXIII: *La libertad de expresión y el derecho penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 184. En el mismo sentido, DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 121, al afirmar que la *exceptio veritatis* y la veracidad de la información guardan entre sí una relación sustancial.

(42) MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Delitos contra el honor», en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998, p. 277.

tiva la *exceptio veritatis*. Es decir, por razones político-criminales, así parece ser la voluntad del legislador, la *exceptio veritatis* es una excusa absoluta, lo que implica que el derecho penal exime de pena en estos casos porque, aunque haya sido por puro azar, al haber resultado la información objetivamente verdadera, se ha contribuido a perseguir un delito.

Por el contrario, y según esta opción, los casos en los que el periodista ha contrastado diligentemente la información pero resulta ser objetivamente falsa, en el ámbito de la calumnia se resuelve en tipicidad (sería atípico porque la falsedad objetiva no es elemento del tipo).

Esta concepción presenta, a mi juicio, varios problemas: parece resucitar la polémica función de la *exceptio veritatis* como una inversión de la carga de la prueba (43), que sería incompatible con el principio de presunción de inocencia. En segundo lugar, la veracidad de la información tal como se concibe por el TC, esto es, como verdad subjetiva del periodista, conlleva que los ciudadanos no tenemos un derecho a recibir información verdadera sino falsa siempre que el periodista crea que es verdadera, en la medida en que la veracidad de la información, diligentemente contrastada, ha pasado a ser indemostrable, pues el nivel probatorio del deber de contrastar la información se reduce a la mera declaración de los periodistas (44) amparada por el secreto profesional.

La cuestión siguiente a resolver entonces será fijar los parámetros para determinar el grado de diligencia exigible, y si debe ser distinto en función del emisor de la información (45). Por eso, las manifestaciones de los periodistas acerca de un proceso penal aun contrastadas no deben sobrepasar el límite que supone su capacidad de perjudicar, dolosamente o no, las posibilidades, de las que toda

(43) En todo caso, para poder solventar este problema basta con no interpretar tal figura como una inversión de la carga de la prueba. Es decir, si el acusado no ha podido probar la verdad de la imputación pero la noticia es veraz, el tribunal debería dictar sentencia absoluta.

(44) GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, Prólogo al libro de MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 19.

(45) Como afirman BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO J. y VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional (1981-1998)*, Pamplona: Aranzadi, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 1, 1998, p. 34, el TC ha hecho tímidos intentos de delimitación de dicha diligencia en la STC 144/1988.

persona ha de gozar, de tener un juicio justo, o de aminorar la confianza de los ciudadanos en el papel que corresponde jugar a la Administración de Justicia penal.

La virtualidad justificante del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información se manifiesta, en el ámbito de las injurias leves.

En efecto, el delito de injurias se tipifica en el artículo 208.3 y tiene una estructura idéntica a la calumnia. Dice: «no se considerarán injurias graves» (aunque lo fueran) si se difunden sin falsedad subjetiva. En este caso se trata de injurias leves constitutivas de falta. La falta de injurias (puesto que en este ámbito no tiene aplicabilidad la *exceptio veritatis*, ya se considere causa de atipicidad o excusa absoluta) puede justificarse a través del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, si, además de la veracidad de la noticia, se constata el interés público de la información. Por esta vía se ensanchan, por tanto, los estrechos márgenes de operatividad de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias (46).

Para que el atentado al honor se justifique, la información ha de reunir, según la doctrina del TC, tres requisitos:

Primero: la veracidad informativa (asunto Sara Montiel, STC 197/1991, de 17 de octubre o 19/1996, de 12 de febrero), que es un concepto equidistante entre la verdad absoluta y la verdad subjetiva y que se plasma en la afirmación de que quien informa ha de haber puesto de su parte el máximo celo exigible a sus posibilidades en la comprobación de la verdad de sus informaciones, es decir, se exige el deber de diligencia de contrastar una noticia propio del hombre medio.

En este campo no será operativa la *exceptio veritatis* porque ésta no es un medio de defensa de la responsabilidad penal del acusado de falta de injuria, por ello, y a raíz de la interpretación que da el TC sobre el término *veracidad* la falta de interposición de la *exceptio veritatis* no prejuzga la falta de veracidad de la información, pues ésta se mide desde una perspectiva *ex ante* (STC 28/1996).

Es decir, el concepto de veracidad de la causa de justificación que realiza el TC es tan laxo que impide a veces aplicar nuestras propias reglas del derecho penal, porque en el ámbito del ejercicio legítimo de un derecho, como causa de justificación que es, impli-

(46) DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «Algunos aspectos...», p. 187.

ca que si una persona se cree amparada por el ejercicio legítimo del derecho pero la información es falsa, dogmáticamente se trata de un error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación que, siguiendo la teoría de la culpabilidad estricta, si es vencible da lugar a una culpabilidad atenuada.

No obstante, es de justicia reconocer (o, al menos, así quiero creerlo) que las exigencias estrictas de veracidad coincidirán en la mayoría de los casos con el propio concepto de invencibilidad del error.

¿Cuándo se llegará a aplicar, entonces, la doctrina del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación? Cuando la información pese a ser veraz, esto es, contrastada (y luego resulte objetivamente falsa) no tenga interés público porque entonces no puede aplicarse la causa de justificación (al no admitirse la exigente incompleta en estos casos, por la propia amplitud del concepto de veracidad de la información).

Segundo: el interés público, esto es, que la noticia tenga relevancia a la hora de formar la opinión pública del ciudadano por servir de cimiento en una sociedad pluralista y democrática que implica traspasar el ámbito de lo personal para adquirir relevancia pública, lo cual no supone dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, porque ni siquiera los personajes públicos han de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad. (En el caso Sara Montiel no se justificó el pretendido interés público del asunto.)

Tercero: la proporcionalidad (STC 107/1988): si la información es veraz y tiene relevancia pública pero la difusión de la noticia es innecesariamente ofensiva, vejatoria e insultante conforma la injuria formal que no se ve amparada por la libertad de expresión.

Evidentemente (así lo confirma la STC 136/1999) no cabe considerar ejercicio legítimo de estas libertades y, por tanto, no quedan amparados por el artículo 20 CE aquellos mensajes que no sean neutrales (aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de las declaraciones o afirmaciones de terceros: STC 232/1993, o 52/1996, de tal manera que no es posible calificar al medio mismo autor de la noticia: STC 41/1994; en estos supuestos, el deber de diligencia se cumple con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende a la constatación de la veracidad de lo declarado; esta responsabilidad es exigible al autor de la declaración –STC 22/1995–), o aquellos que incorporen amenazas o intimidación a los ciudadanos ya que, en

este caso, no se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de «libre».

Por otro lado, los juicios de valor, en sentido estricto, carecen de elementos fácticos demostrables, por lo que, tras la sentencia Lingen queda comprometida su penalización, porque la exigencia de la prueba de la verdad es en estos casos irrealizable (47).

No estoy de acuerdo con la citada sentencia del TEDH, porque, efectivamente, la prueba de la verdad en estos casos es irrealizable, porque las opiniones no son susceptibles de prueba, pero no hace falta probar la verdad de un juicio de valor para constatar que sea injurioso. La exigencia de veracidad se refiere sólo al derecho a la información. Es cierto, como dice el TEDH, que el ejercicio de la libertad de expresión permite emitir un juicio de valor que moleste o inquiete y, evidentemente, la condena penal será más difícil por este motivo, pero no es un problema de no poder probar la verdad de lo dicho sino de comprobar si ese juicio de valor es insultante y, por tanto, injurioso.

Los juicios de valor, que forman parte del ejercicio de la libertad de expresión, si son insultantes conforman una «injuria formal» en la que tampoco cabe ni la *exceptio veritatis* ni se puede justificar a través del ejercicio legítimo del derecho (la STC 107/1988 legitima la crítica a las resoluciones judiciales siempre que no se incurra en frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y por tanto, resulten innecesarias...). Es decir, la tutela del honor ha de respetar el contenido esencial de la libertad de expresión lo que se traduce en la punición de los juicios de valor sobre cuestiones públicas que supongan descalificaciones globales e innecesarias con absoluto desprecio a su dignidad.

En estos supuestos, la dignidad de la persona sometida a juicio ha de quedar salvaguardada; su situación procesal no puede convertir el proceso judicial en un espectáculo al servicio de otros fines, como la obsesión de aumentar los índices de audiencia o la instrumentalización política de lo que se difunde aunque sea fruto de una información diligente (48).

En otros términos, si la información es veraz y tiene relevancia pública pero la difusión de la noticia es innecesariamente ofensiva,

(47) LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, «El derecho a la libertad de expresión...», pp. 364 y 365.

(48) CARRILLO, Marc, «Juicios paralelos...», p. 11. Cfr. STC 6/1988.

vejatoria e insultante, conforma la *injuria formal* que no se ve amparada por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Si la crítica que se realiza a través de un juicio de valor no es insultante, por muy acerba que sea, no lesiona el honor en sentido objetivo, aunque subjetivamente la persona pueda sentirse ofendida, ya que el artículo 208 nos ofrece un concepto de honor objetivo. En cambio, se es insultante objetivamente, ya lesiona el honor, ya es un hecho típico, contra lo que no se admite causa de justificación (ni completa ni incompleta) ni *exceptio veritatis*. Así, la discusión se centrará no en la existencia o no del *animus*, sino en si el ejercicio de tales derechos constitucionales ha sido legítimo. Cuando se hayan rebasado sus límites estaremos ante una conducta típica y anti-jurídica.

En el supuesto de que se esté difundiendo una información deshonrosa pero verdadera mediante la imputación de hechos íntimos, acogiendo un concepto de honor real o merecido, no habrá lesión jurídica del honor, pero puede suponer una lesión a la intimidad de esa persona, que encuentra tutela en el Título X: delitos contra la intimidad.

Es decir, la veracidad, protege constitucionalmente la información errónea, sin embargo, si lo narrado es cierto y afecta a la esfera íntima se ha probado la intromisión de ese ámbito y, por tanto, la lesión del derecho a la intimidad (49).

Si estos delitos han sido cometidos a través de la prensa, el CP actual mejora la responsabilidad en cascada en favor de la libertad de expresión en la medida en que las responsabilidades sucesivas del artículo 30 del CP (directores de la publicación, de la empresa editor y de la empresa impresora...) sólo pueden exigirse si las que en él se consideran como autores los son conforme a las previsiones del artículo 28 (es decir, como autores, inductores o co-operadores necesarios –siempre que actualicen su función en fase ejecutiva según el dominio del hecho–). La exclusión de los cómplices del ámbito de responsabilidad penal en estos delitos pretende evitar la limitación excesiva de la libertad de expresión en la prensa impidiendo la censura interna.

(49) STC 65/1991. *Vid.*, al respecto, BASTIDA FREJEDO, Francisco J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Libertades de expresión...*, pp. 33 y 34.

IV. PRESENCIA DE LOS PERIODISTAS Y DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN LAS AUDIENCIAS PROCESALES

Salvo que –en virtud de los artículos 232.1 de la LOPJ y 680 de la LECr– se establezcan excepciones a la publicidad externa, por razones de «moralidad» (50) (STC 62/1982, de 15 de octubre), «orden público» (Sentencia del Tribunal Militar Central de 10 de julio de 1997) y «respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia» (71/1990, de 5 de abril), hoy no se discute (51), gracias a una doctrina asentada del TC [STC 30/82 de 1 de junio, 96/1987, de 10 de junio, entre otras (52)], la presencia de los periodistas en las sesiones del juicio oral, por tener un derecho preferente al ser intermediarios entre la sociedad y la noticia en cuanto representantes de los intereses legítimos de todas las personas (53).

(50) En razones de «moralidad» suelen incluirse los delitos contra la libertad sexual, e igualmente delitos relativos a la prostitución. Así, el artículo 15.5 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se refiere a la posibilidad de celebración a puerta cerrada del juicio oral para proteger la intimidad de la víctima. Es regla general que si los ofendidos son menores siempre se acuerde la celebración a puerta cerrada. De hecho, el artículo 35.2 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, establece que el juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación, suscribiendo los pronunciamientos del TC en esta materia (STC 71/1990 y 36/1991).

(51) A pesar de las lagunas y contradicciones de la LECr en este punto.

(52) Vid. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Protección penal...*, pp. 145 a 149.

(53) ONETO, José, «El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios», en *Libertad de expresión y derecho penal*, Madrid: EDERSA, 1985, pp. 29 a 31. DE VEGA RUIZ, José Augusto, «El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios», en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1985, p. 24. Del mismo autor, *Libertad de expresión...*, p. 170. BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 229. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 82 a 92. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia penal», en *Jueces para la Democracia*, núm. 20, 3/1993, p. 26. LACABA SÁNCHEZ, Fernando, «Libertad de información y derecho a la seguridad: ¿bienes en necesario conflicto?», en *La Ley*, año XXI, núm. 5079, martes, 20 de junio de 2000, pp. 1 y 2.

Se justifica, pues, la preferencia de este derecho a la libertad de información en la medida en que el titular es la sociedad, siendo el periodista un mero intermediario. Desde esta perspectiva, el secreto periodístico (54) adquiere una vertiente institucional de la que carecen los demás secretos profesionales, de suerte que la información en un sistema democrático se sustenta en el principio de libertad tanto activa, de informar, como en el interés de la colectividad a recibir información, que fundamenta la opinión pública libre (55), indisolublemente ligada al pluralismo político.

Sin embargo, esta configuración no debe permitir que los informadores se apoyen en el llamado periodismo de investigación para, a su vez, ampararse en el secreto profesional porque a ellos corresponde demostrar la veracidad de la información difundida (STC 23/1995).

Sin embargo, un tema al que no se ha hallado una solución definitiva en el derecho español (56) ni tampoco en el ámbito del derecho comparado (57) es el de la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales, que se plantea especial-

(54) Sobre el modo en que queda configurado este derecho en una sociedad democrática, *vid.* OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Justicia y secreto profesional*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, pp. 51 a 91.

(55) Sobre la relevancia constitucional del pluralismo informativo, *vid.* RALLO LOMBARTE, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 61 ss.

(56) Cfr. artículos 680 de la LECr, 8.2.a) y 8.2.c) de la LO 1/1982. Los límites de la intervención de los medios de comunicación audiovisuales vendrán encuadrados, en primer lugar, por el artículo 20.4 de la CE –respeto al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia– y, en segundo término, por la LO 1/1982, de 5 de mayo sobre «Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» que determina lo que son «intromisiones ilegítimas», que nunca lo serán las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente aun cuando predomine un interés histórico, científico o cultural.

Con mayor concreción se ha planteado el tema por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, quien ha aprobado Acuerdos desde 1995. La STS de 9 de julio de 1999 sobre el acceso de los periodistas a las sedes judiciales desestima los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España contra el Acuerdo del CGPJ de 7 de febrero de 1996 sobre Normas de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo. Lo desafortunado, de los acuerdos anteriores de la Sala de gobierno había consistido en pretender que prevalezca esta decisión gubernativa sobre la de los órganos jurisdiccionales, suponiendo, en consecuencia, una invasión de atribuciones.

(57) Sobre las soluciones que ofrecen Alemania, Francia, Italia, Portugal, Estados Unidos y Reino Unido, *vid.* mi trabajo *Protección penal...*, pp. 152 a 154.

mente en aquellos juicios que versan sobre temas que impactan a la opinión pública —terrorismo, agresiones sexuales, grandes delitos socioeconómicos, etc.

Ante la ausencia de una regulación específica, se ha generalizado una opinión favorable a la presencia de los medios audiovisuales en las audiencias penales, que encuentra apoyo en la ausencia de obstáculo legal.

No obstante, pueden hacerse una serie de reflexiones al respecto. Una primera afirmación es clara: en los supuestos en los que la LECr permite la exclusión de la publicidad externa, evidentemente y con mayor motivo, se puede prohibir la captación y difusión de imágenes y sonido del juicio oral.

Segunda: la difusión de la imagen de los acusados por televisión puede hacer más profunda la lesión de su honor o representar un inconveniente para su integración social, entrando de este modo en crisis la prevención especial (58), sin que se sepa, por el contrario, en qué medida la divulgación de su imagen contribuiría a la prevención general. Asimismo, la difusión televisiva constituye una intrusión más grave en la intimidad y en la propia imagen del imputado, con el uso frecuente de la técnica del primer plano tendente a encuadrar el rostro del protagonista con sus muestras de ira, dolor o desesperación (59). No obstante, no hay que olvidar que en el caso de personajes públicos y notorios el derecho a la intimidad puede ceder por virtud del interés general, esto es, del interés público (60). Sin perjuicio de esto, la protección de la intimidad deberá ser igual que la que merecen las personas privadas cuando el presunto delito haya

(58) BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia»..., pp. 226 y 227. GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1995, p. 43.

(59) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 46 y 47. Sobre el derecho a la propia imagen se suelen distinguir varias facetas: como derecho autónomo, independiente del ámbito estricto de los derechos a la intimidad y al honor, por ejemplo, cuando la imagen se ha tomado con su consentimiento pero se reproduce sin su autorización; como derivación del derecho al honor, por ejemplo, la difusión de la imagen que hiera el sentimiento; por último, en general, se considera que toda difusión de la imagen contra la voluntad de la persona comporta un ataque contra su intimidad, al reconocerse que el anonimato forma parte del derecho a la intimidad. Cfr. *ibidem*, pp. 97 a 99.

(60) La jurisprudencia alemana soluciona este problema en el mismo sentido. *Vid.*, al respecto, ROXIN, Claus, «El proceso penal y los medios de comunicación», en *Poder Judicial*, 3.ª época, núm. 55, 1999 (III), pp. 76 y 77.

sido cometido, por ejemplo, fuera de la esfera funcional del funcionario o relacionado con la vida íntima del personaje notorio.

Tercera: la introducción en la Sala de los aparatos necesarios para la retransmisión de los debates por la televisión o por la radio, también puede plantear problemas de seguridad, seguridad que puede verse amenazada en el caso de crímenes organizados, cuando se juzga a integrantes de bandas armadas, en el caso de tráfico de estupefacientes. En estos casos, la limitación debe provenir no sólo de las medidas que impone la ley de protección de testigos (que no abarca al imputado), sino de la prohibición de difundir su imagen por la televisión. Al propio tiempo, estos medios técnicos que registran la voz y el sonido son ciertamente aparatosos, lo que puede afectar a la percepción y atención del Tribunal, las partes y el público, poniendo en peligro el principio de inmediación (61).

Cuarta: la abundancia de periodistas y fotógrafos presentes en la Sala puede dificultar el desarrollo normal de los debates, así como la espontaneidad con la que se realicen las diversas intervenciones (62), lo que afecta a la finalidad de la búsqueda de la verdad al incidir negativamente en la fiabilidad de los testigos. En efecto, la presencia de las cámaras puede desatar en los testigos sentimientos de miedo, nerviosismo o intranquilidad que puede afectar a su testimonio (63). En estos casos, no se cuestiona la posible presión sobre el tribunal que ha podido tener el exceso de información en el curso del proceso que permita una limitación del derecho a la información para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, sino la denegación implícita de prueba testifical (64) al haber podido tener conocimiento los testigos que iban a declarar de las manifestaciones realizadas. El riesgo de esa comunicación es difícilmente evitable en un proceso de larga duración y más si es de

(61) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 44 y 130.

(62) BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia»..., pp. 226 y 227. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa...*, pp. 43 y 44.

(63) DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIANDE, Jesús M.^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada: Comares, 1996, p. 47.

(64) Es decir, como afirma GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco, «La televisión desde la sala del juicio en los procesos penales», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 234, la exigencia de aislamiento entre testigos que establece el artículo 704 LECr se hace irrisoria con la difusión televisiva de los cada vez más frecuentes macroprocesos.

relevancia pública, pero ello no implica necesariamente la existencia de indefensión de relevancia constitucional, afecta más al derecho a un juicio justo (65).

Quinta: en los juicios de mayor notoriedad, la manipulación de las declaraciones puede provocar en los medios de comunicación la celebración de juicios paralelos, especialmente las crónicas televisadas, pues parecen tomar el lugar de verdaderos juicios, con el posible riesgo de constituir una violación del principio de presunción de inocencia (66) (art. 24 de la CE) y un obstáculo para la independencia judicial (art. 117.1 de la CE).

Sexta: aunque las retransmisiones pretendan ser neutrales, ocasionan una serie de efectos secundarios, al margen de los inconvenientes expuestos anteriormente: así, la explotación con fines comerciales del dolor de los acusados y de las víctimas, propiciar artículos de opinión sobre el acusado, publicación de pruebas inadmisibles en el juicio, crear un estado de opinión en la sociedad, etc. (67).

Para paliar estos inconvenientes, se proponen las siguientes pautas:

1.^a La presencia de periodistas en los juicios respeta el contenido esencial de la libertad de información, por lo que acordar la no presencia de cámaras de televisión en el juicio oral, en general, no menoscaba esa libertad informativa (68). En otros términos, el jui-

(65) Cfr. Auto del TC de 28 de noviembre de 1990.

(66) BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia»..., pp. 226 y 227. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa...*, pp. 31 y 42.

(67) VERGER GRAU, Joan, «Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado», en *La criminalidad organizada ante la Justicia (Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi –Director–)*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, p. 216.

(68) DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIANDE, Jesús M.^a, *Publicidad y secreto...*, p. 165. En sentido contrario, O'CALLAGHAN, Xavier, «Audiencias públicas y cobertura informativa», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 273 a 281, quien se manifiesta claramente a favor de la retransmisión por televisión, siempre que se respeten los derechos a la intimidad y a la imagen. En este último sentido, GIL SÁEZ, José M.^a, «Televisión y juicio penal», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 243. DE CARRERAS, Luis, «La autorregulación como alternativa a las restricciones legales informativas y como sistema de relación entre las televisiones y los jueces», en *Revista del Poder Judicial*

cio no deja de ser público (69) porque se prohíban las filmaciones o registros sonoros. La transmisión de imágenes constituye un complemento de la información que rara vez conforma la información misma, y, aunque se utilice como instrumento exclusivo de información, es un medio sustituible por la expresión oral o escrita. No se condiciona, por tanto, el contenido de la información sino que tan sólo se proscriben el empleo de aparatos técnicos (70).

En todo caso, la presencia de las cámaras debe requerir autorización judicial, sujeta a una doble condición: que no se perjudique el regular desarrollo de los debates y que el juez obtenga la conformidad de las partes aunque excepcionalmente pueda otorgarse la autorización, a pesar de la oposición del interesado si el juez aprecia un interés social relevante en la información.

Evidentemente, deben establecerse medidas especiales de protección para determinados testigos, como los niños, o para ciertos acusados, como los enajenados (71).

2.^a Es posible, pues, poner restricciones al registro de sonido o imagen y, por tanto, límites al derecho a acceder a la información, sin agravio del derecho a la propia libertad de prensa en la medida en que estas restricciones estén destinadas a proteger otros intereses *en concreto* prevalecientes (72), para lo cual es indispensable la téc-

núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 267. GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco, «La televisión...», p. 233, también defiende la presencia de las cámaras siempre que no se perturbe el normal funcionamiento del juicio. También DEL VAL VELLILLA, Luis, «El tratamiento televisivo de las noticias criminales», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 239, quien rotundamente manifiesta que el sistema de emisión del juicio íntegramente ofrece muchas ventajas: veracidad absoluta; las partes son mucho más escrupulosas ante la presencia de las cámaras; las cámaras acercan la justicia a la sociedad; fortalecen el respeto al sistema; son garantes de un juicio objetivo, de la imparcialidad y la igualdad.

(69) Más optimista se muestra, MORENO CATENA, Víctor, «El derecho a un proceso público...», p. 306, a quien no le parece que en España la presencia de los medios de comunicación en las salas de las audiencias pueda realmente llegar a torcer el ánimo de los juzgadores.

(70) PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Director), Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, p. 189.

(71) LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28.

(72) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 127, 162 y 163. En el mismo senti-

nica de la ponderación (73). Sin embargo, no se dispone de una solución fácil para los casos de emisiones en diferido (74). En todo caso, podrán restringir las grabaciones cuando pongan en peligro la finalidad del proceso, afectando a la imparcialidad del mismo, la presunción de inocencia (75), la seguridad del imputado, de los testigos o de sus familias. Es sobre todo la televisión la que agudiza estos problemas porque la imagen, si no se maneja con excesivo rigor, equilibrio y objetividad puede ser un medio de manipular y de desconcertar a la opinión (76).

3.^a Cuando esté en juego el derecho al honor, intimidad y propia imagen del imputado, deberá contarse con su consentimiento para la grabación televisiva (77), ponderando de nuevo estos intereses en relación al derecho a la información. Incluso puede excluirse el acceso a la televisión en los procesos por determinados delitos que afectan intensamente a la vida privada de la víctima, como los crímenes sexuales (78).

do, VERGER GRAU, Joan, «Los juicios paralelos...», p. 216, partiendo de la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en *Nebraska Press Association v. Simants* 427 US. 539, 96. SCT, 2791, 49 L., ed. 2d, 683/1976. En este contexto, resultan interesantes las recomendaciones realizadas por el Consejo Audiovisual de Cataluña (cfr. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Materiales y contenidos del encuentro», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro jueces-periodistas*, noviembre, 1999, pp. 27 y 28).

(73) LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28, destaca como ejemplo de cómo debe tratarse el conflicto entre el interés informativo y los derechos del acusado, desde la óptica de la ponderación, la decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán en el caso *Lebach* (BverfG 35, 202), por la que se prohibió la emisión de un programa documental sobre el asesinato de cuatro soldados, que se pretendía televisar dos años después de producida la condena, destacando el Tribunal la relevancia del principio de rehabilitación de las personas condenadas, al que se recurre para limitar la difusión de noticias judiciales, máxime tratándose de la repetición de una información.

(74) GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco, «La televisión...», p. 233.

(75) En este sentido, es interesante un proyecto de ley francés sobre la presunción de inocencia que contiene dos medidas para preservar la presunción de inocencia que pudiera debilitarse por los medios de comunicación audiovisuales; a saber: prohíbe difundir imágenes de personas esposadas, porque la fuerza de la imagen de una persona conducida a la fuerza con esposas, instrumento destinado aparentemente a evitar que huya, debilita la presunción de inocencia. Y, en segundo lugar, prohíbe los sondeos sobre la culpabilidad de un ciudadano. Cfr. GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso...», p. 167.

(76) DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 175.

(77) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, p. 163.

(78) LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28.

4.^a Los tribunales pueden dictar providencias para garantizar la concurrencia de todos los medios de comunicación en igualdad de condiciones, para no otorgar privilegios o ventajas competitivas (79) y, al mismo tiempo, como garantía del orden.

5.^a Las restricciones a la publicidad también pueden centrarse en prohibir que los abogados, las partes y los testigos efectúen declaraciones públicas, tras las retransmisiones televisadas o radiadas de los juicios.

6.^a En el resto de los supuestos, el Tribunal, para favorecer el desarrollo del juicio, puede limitar el número de cámaras televisivas, imponer su ubicación en lugares fijos y relativamente distanciados (80), de forma que no entorpezcan la atención y percepción del tribunal y del resto de las partes, prohibir el destello de los flashes y reflectores, regular el comportamiento de los propios periodistas en la sala, o incluso imponer, en determinados supuestos, que la retransmisión se haga en diferido. Es decir, no se trata de prohibir de modo absoluto su uso sino limitar su número, características y ubicación (81).

Se trata, en definitiva, de un problema de autorregulación (82) de los profesionales (83) o de algún tipo de norma legal (84), como existe en otros países europeos, o de reforma de la ya existen-

(79) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 155, 156 y 165.

(80) Ya en 1987, en el proceso sobre el síndrome tóxico, la Audiencia Nacional, mediante una providencia, mantuvo esta postura sobre la captación de imágenes en la sala del juicio.

(81) En este sentido, GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 130 a 132; LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28. Sobre las restricciones a esta publicidad partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, *vid.* VERGER GRAU, Joan, «Los juicios paralelos...», pp. 216 a 219.

(82) Para algunos, como ZARZALEJOS NIETO, José Antonio, «Estrategias informativas de la crónica judicial», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 227, la autorregulación constituye un objetivo aún lejano, lo que explica, aunque sean discutibles, propuestas restrictivas de la información judicial.

(83) PECES MORATE, Jesús E., «El juez ante la crítica pública», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 285 a 294, admitiendo que las críticas al juez o al tribunal producen más merma de confianza en la Administración de Justicia que en la imparcialidad del juez, cuya solución sólo es posible mediante una autoexigencia responsable por parte de los medios de comunicación.

(84) GIMENO SENDRA, Vicente, «La sumisión del juez...», p. 305.

te (85) que ampare al juez de las críticas que puedan afectar al prestigio de la justicia.

En este sentido, es deseable, especialmente en el campo de la televisión, el establecimiento de criterios deontológicos que vinculen a empresas y canales. A estos efectos son dignos de resaltar el Dictamen del Consejo de lo Audiovisual de Cataluña sobre la celebración de juicios y su tratamiento por televisión, redactado a propósito del tratamiento televisivo del juicio del crimen de Alcàsser, firmado el 6 de octubre de 1997, y, de otro lado, la propuesta de convenio de autorregulación sobre el tratamiento de los juicios por televisión suscrito por los directores de varias televisiones públicas autonómicas.

Ambos textos contienen una serie de recomendaciones comunes:

Primera: Que las empresas de televisión se abstengan de programar la intervención de testigos y peritos que constituyan medios de prueba. Abstención que no alcanza a los acusados en atención a su garantía de defensa y al principio de presunción de inocencia.

Segunda: Que las personas que actúan en los juicios como medios de prueba, si no tienen la consideración de públicas, tienen derecho a salvaguardar su intimidad y su propia imagen, con la posibilidad de solicitar que no se difunda su imagen por televisión.

Tercera: En relación a los menores (86) que aparecen como testigos, víctimas o inculpados en causas criminales —excepto víctimas de homicidio o asesinato—, con el fin de preservar su intimidad y el libre desarrollo de su personalidad, se evitará difundir el nombre, la voz, la imagen o los datos que permitan su identificación.

Cuarta: Debe diferenciarse claramente entre información, que tenderá a ser plural y objetiva, y opinión.

(85) AUGER LIÑÁN, Clemente, «Justicia, información y opinión pública», en *Revista del Poder Judicial* núm. especial XVII: *Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 469.

(86) En este sentido, resultan de interés ciertas disposiciones del derecho comparado recogidas por LIS ESTÉVEZ, Rafael, «El menor, su protección ante los medios de comunicación dentro del ámbito del derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XXXIII: *La libertad de expresión y el Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 329 a 335.

Quinta: En los juicios en que intervenga un jurado se recomienda que no participe ninguno de sus miembros en programa alguno hasta que se dicte sentencia, ni se difunda ningún dato que permita su identificación.

Sexta: Debe evitarse todo tratamiento de imagen que predisponga al espectador en favor o en contra de los intervinientes en el juicio. Los locutores sólo deben intervenir antes y después de terminada la sesión y sería deseable en procesos de gran trascendencia pública que un solo operador suministrara la sesión a las televisiones (87).

En definitiva, y extensivo a la prensa escrita, es preciso siempre una nítida separación entre descripción, análisis y opinión; rigor terminológico con información precisa y exacta sobre la situación procesal del inculcado, y especialización de los profesionales encargados de la crónica judicial convenientemente asesorados por expertos; delimitación del periodismo de investigación como contribución a la formación de la opinión pública y no como sustitutivo de la actividad judicial, y equidistancia entre las estrategias de acusación y defensa (88).

V. EL JUICIO PARALELO EN LA FASE DE DELIBERACIÓN DE LA SENTENCIA

Tras la celebración del juicio oral, se verifica la discusión y votación de las sentencias que se efectuará *a puerta cerrada*, y

(87) Vid., ampliamente, GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso...», pp. 167 a 170. También a favor de la autorregulación, DE CARRERAS, Luis, «La autorregulación...», pp. 253 a 271. TORRE CERVIGÓN, José M.^a, «Justicia y medios de comunicación», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 307 a 317. VARELA CASTRO, Luciano, «Proceso penal y publicidad», en *Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, p. 44. GAVELA ABELLÁ, Daniel, «Justicia, información y opinión pública», *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 481. ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 91 a 93.

(88) ZARZALEJOS NIETO, José Antonio, «Estrategias informativas...», pp. 226 y 227.

por tanto, *en secreto*. El mantenimiento del secreto en la fase de deliberaciones ha sido abordado en la STC 66/2001, de 17 de marzo. El secreto en esta fase representa una garantía para el propio tribunal, pues permite evitar que sus miembros se vean presionados externamente en el momento de tomar su decisión y les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos, impidiendo, asimismo, juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada Magistrado durante los debates. De esta manera se salvaguarda la independencia y el prestigio más elemental al no revelarse las diferencias y dificultades que puedan surgir en el seno del tribunal para llegar a la obtención de la obligada mayoría (89). Sólo en la medida en que se acredite que la opinión de alguno o algunos de los integrantes del tribunal haya podido verse condicionada por circunstancias externas a la propia deliberación, o que la filtración iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido, la garantía de imparcialidad podría afectarse en su vertiente subjetiva.

El derecho a la imparcialidad incide de forma distinta en cada fase del proceso y en el momento de la discusión de la sentencia, el instrumento del secreto sirve para que no se afecte a la libertad y espontaneidad en la decisión. Y si no, ¿por qué la deliberación secreta es facultativa en los órganos unipersonales? El peligro que puede representar en esta fase el juicio paralelo sólo puede afectar, por tanto, a la imparcialidad desde la perspectiva subjetiva, como arma para desacreditar la imagen de imparcialidad del juez, puesto que ya ha concluido el juicio oral y ya se ha desarrollado toda la prueba.

VI. MEDIOS DE TUTELA FRENTE A LOS RIESGOS DETECTADOS

Toda esta preocupación sobre los juicios paralelos, que no problema, no es nueva, y ha motivado resoluciones expresas tanto del Consejo General del Poder Judicial como de la Fiscalía

(89) Cfr. DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 166.

General del Estado (90) que no han sido especialmente fructíferas (91).

Partiendo de esta realidad, y ante un espacio tan marcado de conflicto, algunos autores (92) consideran necesaria la intervención

(90) Circular de 22 de julio de 1928 de la Fiscalía; la Fiscalía ha abordado recientemente el tema en la Instrucción 3/1993 de 16 de marzo la Memoria anual del CGPJ correspondiente a 1981. Acuerdo del CGPJ de 5 de noviembre de 1986 que lo calificaron de «Ley del Silencio», pues vieron en el mismo un intento de coartar el derecho a libre información en una sociedad democrática. Sin embargo, el mencionado Acuerdo significó una innovación respecto a las manifestaciones, que sobre esta materia se habían formulado anteriormente desde los órganos del Poder Judicial. En esta misma línea, el Pleno del CGPJ, el 15 de noviembre de 1989, adoptó un nuevo Acuerdo. Sobre el mismo, *vid.*, *in extenso*, ZURITA PINILLA, Agustín, «Oficinas de prensa en la Administración de Justicia», en *Poder Judicial, núm. especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación*, 1990, pp. 232 a 238. Asimismo, sobre la obligación de informar por parte de los órganos judiciales, *vid.* MÉNDEZ DE LUGO Y LÓPEZ DE AYALA, Augusto; CARRILLO, Marc; GOR, Francisco y YAÑEL NÚÑEZ, Agustín, «Los tribunales de justicia y sus obligaciones informativas», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 173 a 214, proponiendo soluciones ante esta carencia. No obstante, el Consejo General del Poder Judicial siempre se ha preocupado por la influencia de los medios de comunicación en el proceso, prueba de ello es la declaración del Pleno de tal órgano, de 25 de enero de 1995, recordando la necesidad de una regulación legal en esta materia. Es la primera vez, pues, que el Consejo aborda la posible afectación de los medios de comunicación al derecho a un juicio justo en imparcial, reclamando, ante este vacío legal, una regulación urgente de la materia. La declaración del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 2 de julio de 1997, sobre los denominados «juicios paralelos», advierte que «El principio constitucional de publicidad del proceso, que despliega su máxima amplitud durante la fase de juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales. No obstante, recaba la colaboración de los profesionales y de los ciudadanos e interesa, al propio tiempo, las reformas legislativas precisas para regular aspectos tales como las condiciones de acceso a los actos de juicio o la comparecencia de testigos y peritos ante los medios de comunicación mientras el procedimiento se encuentre pendiente de resolución». El acceso de los medios de comunicación a las Salas de Justicia ha sido objeto de tratamiento también por el Pleno del CGPJ, mediante Acuerdo de 7 de febrero de 1996. La STS de 9 de julio de 1999 sobre el acceso de los periodistas a las sedes judiciales desestima los recursos contencioso administrativos interpuestos por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España contra el Acuerdo del CGPJ de 7 de febrero de 1996 sobre Normas de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo.

(91) Sobre estas resoluciones, *vid.* mi trabajo *Protección penal...*, pp. 73 ss.

(92) Así, HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos y proceso penal (Razones para una necesaria intervención legislativa)», en *Revista de Derecho y*

del legislador ordinario como instrumento singularmente eficaz de determinación normativa dotado de mayor certeza y previsibilidad jurídica, en la medida en que la Constitución no puede abarcar la regulación de todos los aspectos y conflictos de la vida social, intervención que debe hacerse desde el mayor consenso posible y desde la adecuada concreción de los intereses en conflicto y respetuosos con los núcleos esenciales de los respectivos derechos.

Otros optan por reinterpretar operativamente la cláusula del artículo 10.2 (93) del CEDH.

Algunos (94) proponen, incluso, la conveniencia de disposiciones penales que protejan a los jueces, en atención a la función que desempeñan, de determinados ataques o injerencias procedentes de la opinión pública, análogas, por ejemplo, a las de ciertas legislaciones de derecho comparado como la francesa (arts. 434-16 y 434-25 del Código penal de 1994), o como el artículo 23 de la Ley austríaca sobre los medios de comunicación (95).

Proceso Penal, núm. 3, Pamplona: Aranzadi, 2000, pp. 127 y 128. El mismo autor, «Justicia Penal y medios de comunicación: los juicios paralelos», en *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona: Bosch, 2001, pp. 84 y 85.

(93) Sobre los artículos 6 y 10 del Convenio, *vid.* TRITUM, Patrick, «Libertad de información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 361 a 370.

(94) Como ARAGÓN REYES, Manuel, «Independencia judicial y libertad de expresión», en *Derecho Privado y Constitución*, año 4, núm. 10, 1996, p. 296.

(95) Francia: el artículo 434-16 del Código penal francés de 1994, dentro del Capítulo IV «De los delitos contra la Administración de Justicia», y, a su vez, dentro de la Sección 2.ª «De la obstrucción del ejercicio de la Justicia», establece que «la publicación antes de que se pronuncie una decisión jurisdiccional firme, de comentarios tendentes a ejercer presión para influir en las declaraciones de los testigos o la decisión del juez de instrucción o sentenciador, será castigada con la pena de seis meses de prisión y 50.000 F. de multa.

En caso de que la infracción se haya cometido por medio de la prensa escrita o audiovisual, las disposiciones particulares de las leyes que rigen estas materias son aplicables en lo que se refiere a la determinación de las personas responsables.

Y en la Sección 3.ª «De los delitos contra la autoridad de la Justicia» y, en concreto, apartado 1. «De los delitos contra el respeto debido a la Justicia», el artículo 434-25 dice: «El que tratare de sembrar el descrédito, públicamente y mediante actos, palabras, escritos o imágenes de cualquier naturaleza, acerca de una acción o decisión judicial, en condiciones que pueden atentar contra la autoridad de la justicia o su independencia, será castigado con la pena de seis meses de prisión y 50.000 F. de multa.

En caso de que la infracción haya sido cometida a través de la prensa escrita o audiovisual, las disposiciones particulares de las leyes que rigen estas materias se-

Como se puede observar, los derechos internos austríaco y francés no exigen probar que la influencia ejercida en el caso concreto tenga un efecto específico sobre el proceso.

Se trata de un delito de peligro concreto en la línea de la institución del Reino Unido, *Contempt of Court*. En efecto esta figura, es el instrumento utilizado por los tribunales para impedir las perturbaciones al regular funcionamiento de la Administración de Justicia, imponiendo restricciones a la libertad de prensa. Puede ser preventivo o represivo (en este caso, como delito de peligro concreto), calificándose como paradigma de esta institución *Prejudicing a fair trial* que presume que el espectáculo de los juicios paralelos en la prensa puede llegar a producir nefastas consecuencias sobre el reconocimiento de los tribunales de justicia como foro para determinar la culpabilidad o inocencia de la persona sometida a un proceso penal, figura que se planteó, como es sabido, en el caso *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 (96). De hecho, tras la entrada en vigor de la *Contempt of Court Act* de 1981, late una cierta hegemonía del interés por la correcta Administración de Justicia respecto a la libertad de expresión aunque se pretende un equilibrio partiendo de la consideración de que la libertad de prensa es uno de los pilares de la democracia y que la *injerencia* en ella debe restringirse en la medida estrictamente necesaria para proteger intereses públicos. Penar la publicación de un proceso pendiente cuando conlleve este peligro de influencia supone —al igual que los ejemplos anteriormente destacados—, trasladándolo al derecho continental, un delito de peligro concreto.

Estos tres ejemplos del derecho comparado (Francia, Austria y *Contempt of Court*) que hemos puesto de manifiesto pueden servir de pauta para interpretar nuestra normativa en la fase instructoria e intentar conseguir el deseable equilibrio, pero, en ningún caso, son útiles para proponer una institución similar en nuestro derecho (97)

rán aplicables en lo que se refiere a la determinación de las personas responsables».

Artículo 23 de la Ley austríaca sobre los medios de comunicación: «cualquiera que en el curso de un proceso penal después de la inculpación y antes de juicio en primera instancia, exprese públicamente su criterio acerca del resultado probable del juicio o el valor de un medio de prueba, de forma tal que sea susceptible de influir sobre el resultado del proceso, será castigado con una pena de hasta 180-días multa».

(96) Sobre la institución de *Contempt of Court* y sobre la STEDH *Sunday Times*, vid. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Protección penal...*, pp. 56 a 68.

(97) Porque, como afirma FAYOS GARDO, Antonio, «Libertad de prensa y procesos judiciales: una visión de la institución británica del *contempt of court*», en las instituciones jurídicas ni pueden ni deben importarse irreflexivamente. Igualmente, de

en la fase de juicio oral porque la solución de prohibir de forma general la publicación de asuntos *sub iudice* vulneraría el artículo 20 de la CE y la propia concepción asentada por el TC de la libertad de información como pilar esencial del Estado democrático.

Una cuestión es la línea iniciada por el TEDH, a raíz del caso *Sunday Times*, y otra distinta es que estas conductas constituyan delito. No puede desconocerse que este derecho a la libertad de información puede chocar con la salvaguarda de otros intereses constitucionalmente reconocidos, pero tampoco puede desconocerse el contenido del derecho a la información en una sociedad democrática, lo que exige una rigurosa ponderación de cualquier norma que coarte su ejercicio. Este reconocimiento debe constituir un poderoso límite interpretativo a la expansión de la tutela penal en esta materia.

En consecuencia, la necesidad de la injerencia (98), como concepto jurídico indeterminado que es, interpretada restrictivamente por el TEDH, junto con los principios de intervención mínima y de fragmentariedad que deben presidir el derecho penal, hace muy difícil la aplicación de medidas penales.

Tampoco es idónea (99), por exagerada como medida limitadora, la suspensión del juicio, porque la influencia del tribunal por

forma muy gráfica, PANTALEÓN, Fernando, «La Constitución, el honor y unos abrigos», en *La Ley*, D-162, 1996-2, p. 1689, «Las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos: al igual que el desarrollo de ciertos animales y plantas sólo es posible en su hábitat natural, la racionalidad de las soluciones jurídicas descansa no pocas veces de tal manera en la estructura institucional en la que se producen que, desenraizadas de ella, pierden por entero su buen sentido». ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 81 y 82, también se muestra contrario a esta medida por la difícil comprobación de que una publicación es adecuada para influir en la decisión de un tribunal, sin olvidar, por otro lado, que el *Contempt of Court* se apoya en los precedentes jurisprudenciales lo que imposibilita una adopción sin reparos de este modelo.

(98) Sobre la *necesidad de injerencia* y sobre el principio de *proporcionalidad* (inherente al concepto de *necesidad de injerencia* del Convenio), que tiene una importancia decisiva a la hora de determinar en cada caso concreto si la limitación al derecho resulta convencionalmente justificable, cfr. LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, «El derecho a la libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Comisión y del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 356 a 364. TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, «La libertad de expresión en la Jurisprudencia del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXIII: La libertad de expresión y el Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 92 a 105.

(99) A juicio de ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 78 y 79, que comparto.

parte de los medios de comunicación se presume pero no hay una comprobación concreta, lo que hace que no sea conveniente suspender un proceso penal sobre la base de suposiciones, con el peligro añadido de erigirse los medios de comunicación, a través de esa medida en instancia decisoria dentro del proceso penal pues bastaría con que prejuzgaran el resultado de un proceso para que quedara excluido el derecho del Estado a castigar.

Se puede, pues, comprobar que en España no hay base legal en la fase de juicio oral para preterir la libertad de expresión de forma general en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva. Solamente se puede limitar la publicidad (100) en aspectos puntuales pero no imponer una prohibición total de publicación sobre los hechos de un proceso en curso. Y menos aun con medidas penales. Por tanto, la vía legislativa no puede ser el único ni mucho menos el primer cauce existente a la hora de resolver los conflictos.

Por otro lado, el control judicial se muestra insuficiente. Quizá lo conveniente sea plantear la necesidad de fomentar la autorregulación (101) y el autocontrol de los medios de comunicación como métodos complementarios de la resolución de conflictos, como ejercicio de responsabilidad, que no supone, en ningún caso, autocensura.

Para los casos en los que esta autorregulación falle, es conveniente aplicar medidas de tutela no penales concretas como el secuestro excepcional de publicaciones cuando la publicación genere un alto riesgo de afectación de los derechos fundamentales en juego (102). Son soluciones sectoriales menos graves que las que suponen una medida penal y pueden ser igualmente apropiadas para contribuir a la protección del proceso.

Asimismo, contamos ya con las causas de abstención y recusación. Quizá sería conveniente acometer una reforma de las causas de recusación análoga al parágrafo 24 de la Ley Procesal Penal

(100) *Vid.*, por todos, MORENO CATENA, Víctor, «El derecho a un proceso público...», pp. 305 y 306.

(101) Tal como se ha propuesto *supra*.

(102) HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos...», p. 130. Del mismo autor, «Justicia penal...», p. 88. Partidario también del secuestro o de alguna otra sanción restrictiva de derechos como medida para garantizar la «autoridad» de los tribunales cuando la publicación sea injuriosa, se muestra GIMENO SENDRA, Vicente, «La sumisión del juez...», pp. 305 y 306, técnicas, a su juicio, más garantistas que la del *Contempt of Court* anglosajón.

Alemana (103) introduciendo como causa expresa el haberse sentido el juez presionado por influencias externas por parte de los medios de comunicación durante el desarrollo del juicio oral que hayan puesto en riesgo su independencia.

Por otra parte, y como ya se ha manifestado, disponemos de correctos instrumentos de tutela penal para las conductas más graves y que atacan a los bienes jurídicos más importantes, acorde con los principios limitadores de fragmentariedad y de *ultima ratio* del derecho penal. Así, el delito de prevaricación (art. 446 CP) cuando efectivamente se haya probado que tal influencia por parte de los medios de comunicación existió de forma que determinó la parcialidad del tribunal al dictar sentencia. Desaparecido el delito de desacato (con buen criterio por lo dicho anteriormente), la difusión de hechos relativos al ejercicio de la actividad judicial constitutivos de una intromisión ilegítima del derecho al honor si exceden de la libre crítica a la labor profesional pueden constituir los delitos de injurias o calumnias. Del mismo modo que los delitos contra el honor son la respuesta idónea a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del inculgado.

Por el contrario, el delito de obstrucción a la justicia (art. 464.1 CP) no es aplicable porque el sujeto pasivo en ningún caso es el juez. En todo caso, se trata de un delito especial de amenazas condicionales, lo que prueba que si se constata que, efectivamente, el juez ha visto vulnerado el libre proceso de formación de su voluntad, podría ser sujeto pasivo de un delito de amenazas condicionales.

Evidentemente, es inconstitucional el mantenimiento del secreto en la fase de juicio oral. En consecuencia, tampoco son susceptibles de aplicación los delitos de revelación del secreto sumarial externo (art. 417 CP) ni del secreto sumarial interno (art. 466 CP).

(103) Establece que todo juez puede ser recusado porque se tema la existencia de parcialidad y tiene que ser sustituido por otro juez cuando haya un motivo suficiente para justificar una desconfianza frente a la imparcialidad de un juez. Cfr. ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 84 y 85.

El proceso de formación de nuestra legislación penal

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular EU de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Cuando se tiene que escribir sobre los orígenes del Derecho penal contemporáneo, no puede vacilarse en decir que éste responde al contexto ideológico de la Ilustración, diagnóstico especialmente acertado si nos detenemos en el caso de España. Nuestro primer y verdadero Código Penal es el de 1848, un texto ilustrado que viene a modernizar el ordenamiento punitivo del Antiguo Régimen pues, hasta su vigencia, no puede olvidarse que, prácticamente, mantienen su imperio como fuentes supletorias los Fueros y las Partidas, siguiendo el orden jerárquico establecido, siglos antes, en el Ordenamiento de Alcalá.

El presente artículo no tiene por objeto trazar una historia exhaustiva del Derecho penal español codificado. Se trata, únicamente, de situar nuestros orígenes legislativos y el contexto ideológico en que nacen las reformas penales hasta el derecho vigente. El interés del estudio de nuestra realidad penal inmediata ya fue destacado por el Prof. Antón Oneca (1), al señalar que aquella trascendencia es aun mayor «en un pueblo como el nuestro que tiene en vigor un Código datado dentro de la primera mitad del XIX, del cual

(1) ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1965, p. 263.

se han hecho sucesivas ediciones modificadas, pero que conserva la mayor parte de los preceptos procedentes del de 1848». En definitiva, las «fuentes de donde manan las ideas, instituciones y preceptos hoy vigentes, y que sirven para explicarlos y mejor comprenderlos» (2).

El denominado Antiguo Régimen, en lo que atañe a la justicia penal, se caracteriza por el principio de la intimidación general desproporcionada. En Francia, en los años pre-revolucionarios, los prácticos pueden escribir un cuadro disparatado de ejecución de la pena capital: muerte por horca, decapitación, rueda, o descoyuntamiento por tiro de caballos (3).

El castigo no era personal, patrimonio de la modernidad. Trascendía a los familiares del reo, aplicándose las penas de destierro y confiscación de bienes; pertenecía la sanción a la «naturaleza de las cosas» y su contenido era lógico y suficiente: los padres eran responsables por los hechos de los hijos y aquéllos habrían de recibir el castigo, pues les frenaba en el camino del mal. La prevención general intimidante se extendía por el mundo jurídico (4).

La pena se aplicaba desigualmente según la «condición del culpable», dice la Ley castellana, argumentándose por la interpretación más autorizada de dicho texto: la clase elevada era más sensible al rigor de la pena que el campesino, al tener más que perder, y esta desigualdad es el contexto ambiental de la época.

Por último, el Antiguo Régimen presenta un arbitrio judicial extensísimo, justificado por la ausencia de un *Corpus legalis* unitario y, en consecuencia, de tipos precisos y garantes, atributo de la etapa futura. El Derecho penal se ha ido formando, así, de manera fragmentaria y a medida de las necesidades reales y prácticas del momento, acudiendo al único criterio decisorio de cada juez. Ésta es la lógica del sistema punitivo, tosco, elemental y rigorista.

Todo ello comienza a cambiar con la promulgación de los primeros códigos franceses, típicamente revolucionario el uno, de 1791, y el del Imperio, el otro, de 1810. En ellos se fijan una serie de principios de un Derecho penal que comienza a considerarse

(2) CASABÓ RUIZ, «La aplicación del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1979, p. 333.

(3) GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975, pp. 19 y 20.

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, «Concepto del Derecho penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada», 3.^a ed., Buenos Aires, 1964, pp. 708 ss.

moderno: el de la exclusiva proporción y necesidad de las penas, el de legalidad de los delitos y sanciones y el de su progresiva igualdad en la aplicación. El estrecho, cortísimo arbitrio judicial, es la lógica reacción a los excesos anteriores: éste es el instante en el que el juez pasará, así, a ser (en la conocida frase de Rousseau) «la boca que pronuncia las palabras de la Ley».

La doctrina se muestra conforme al designar las características esenciales del Derecho penal de la Ilustración: el liberalismo y su humanitarismo. El primero se concreta en el ya manifestado principio capital de legalidad de los delitos y las sanciones, que pasa, como logro efectivo de los tiempos que se viven, a los primeros Códigos punitivos. El humanitarismo se expresa en la reducción y dulcificación de las sanciones, disminuyendo la aplicación de la pena de muerte y la crueldad de sus formas de ejecución, casi desapareciendo los castigos corporales y, por el contrario, desarrollándose sensiblemente las penas de prisión, reflejo de una nueva sociedad que valora como modelo e ideal de bien personal la libertad.

Este tema de la humanización de las penas no es nuevo. Viene de largo en nuestra historia. Ya desde finales del siglo XVIII se advierte un cierto sentido moderno en la Pragmática Real de Carlos III de 12 de marzo de 1771 (Novísima Recopilación, 12, 38, 25), cuando clasifica los delincuentes en ocasionales o de «ánimo no pervertido», y en habituales, que realizan crímenes «feos y denigrativos que suponen bajeza y vileza de ánimo». Su destino penitenciario se corresponde con aquella clasificación legal: a los primeramente citados se les envía a los Presidios de las plazas de África; a los más peligrosos, a los Arsenales de la Marina de San Fernando (que tomó el nombre del Rey) y Cartagena (5).

En efecto, Salillas (6) ha contado cómo el vapor ya ha hecho innecesarios los servicios de los remeros de galera y de ahí sus nuevos alojamientos carcelarios, prácticamente a extinguir el trabajo forzado en las minas de Almadén, denominada Cárcel Real de Esclavos para que no cupiera duda sobre la dureza del destino penitenciario. Los Presidios africanos, donde faltaban obreros, tenían una doble significación: campamento de tareas y obras, y guarnición militar, y en ellos los reclusos gozaban de mayor libertad, es-

(5) Vid. GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*, 2.ª ed., Madrid, 1998.

(6) SALILLAS, *La vida penal en España*, Madrid, 1888, p. 5.

pecialmente en el mayor de Ceuta, por lo que se elegían los de mejor conducta, pese al problema añadido de «pasarse al moro». Los autores de los delitos más graves marchaban a los Arsenales, donde las faenas eran muy duras y la vigilancia superior con un régimen disciplinario más que severo (7).

A todo ello, aun cuando va cayendo en desuso, puede añadirse la «cláusula de retención» que impedía la salida, descontados ya diez años, de los reos «más agravados» y cuya libertad depende del informe del Arsenal o del Presidio.

En cuanto al resto de las penas, se suprimen las corporales para los vagos obligándoles al servicio militar y los jóvenes delincuentes son enviados a los Hospicios, establecimientos benéficos y orientados a su reforma moral (8). Las mujeres se destinan a las «casas de recogidas» y corrección, herederas de la primitiva galera con un espíritu menos moralista que ésta y más penitenciario (9). Este encierro rellena muchas décadas desde la ambigüedad del primero hasta el carácter plenamente penal del segundo.

Los primeros Proyectos de reforma penal surgen de la pluma del ministro ilustrado D. Manuel de Roda. Conocedor de los nuevos textos penales europeos y, especialmente, el de la Toscana y el bávaro, procura un profundo cambio en nuestro Derecho penal. Leído y culto, Roda tiene buenas ideas y pretende llevarlas a la práctica, necesitando del instrumento legal. Y además intuye que va a preferir los textos penales citados a futuras iniciativas foráneas, como el napoleónico de 1810.

A partir de aquí, y mediante la Orden del citado ministro dirigida en 1776 al Consejo de Castilla (10), se recopila cuanta información cabe acerca de lo que caracterizaba penalmente al Antiguo

(7) Vid. FIGUEROA NAVARRO, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pp. 31 ss.

(8) Vid. GARCÍA VALDÉS, *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Madrid, 1991, *passim*.

(9) GARCÍA VALDÉS, «Las casas de corrección de mujeres: un apunte histórico», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 589 ss.; MARTÍNEZ GALINDO, *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002, especialmente pp. 217-348.

(10) Destacada por ANTÓN, quien al referirse al terreno de las realizaciones legislativas, de las Disposiciones del reinado de Carlos III, no duda en calificarla como «ninguna tan expresiva», y añade: «todo ello encaminado a la formación de un Código Criminal en que se compilen todas las leyes penales»; vid. ANTÓN ONECA, *História del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 264.

Régimen, en cuanto a castigos y procedimiento penal tendente a su reforma (por ejemplo: abolición del tormento, restricción de la pena de muerte en la capital al tercer hurto, etc.). De aquí surge el «Discurso» de D. Manuel de Lardizábal (1744-1820), también personaje ilustrado, Alcalde del crimen e historiador, con todos los materiales obtenidos (11). Pero lo que redacta Lardizábal no es un texto sistemático. Tal vez no era el momento ni la ocasión. Se trataba de mostrar de lo que se partía para cambiar, no de articular el Derecho ya transformado. En definitiva, «de exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales que, pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro Gobierno» (12).

Lardizábal no es un mero seguidor de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764), porque añade a la divulgación del estado de las leyes criminales y la justicia que efectúa éste, su contacto con la realidad del Derecho, frente al tono retórico del italiano, más calma en la exposición y menos patetismo. En palabras de D. José Antón (13), «tratando de injertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional, el respeto a la cual es lo específico de Lardizábal a diferencia del marqués milanés».

El libro de Beccaria es una protesta demoledora (14). Su clara visión del ordenamiento vigente, en cuanto a lo anticuado del mismo, contrasta cuando tiene que construir, donde vacila. Al revés que Lardizábal. Una cosa es la oposición a Austria y otra, muy diferente, efectuar con los textos y argumentos que reúne la articulación de un nuevo sistema criminal. Pero su postura de denuncia es impecable (15).

(11) LARDIZÁBAL Y URIBE, «Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma», Madrid, 1782; hay eds. de Salillas, Madrid, 1916; de Antón Oneca, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, 1966, pp. 627 ss.; de Serrano Butragueño, Granada, 1997.

(12) Así lo expone el propio LARDIZÁBAL Y URIBE en el Prólogo a su «Discurso sobre las penas...», *op. cit.*, p. X.

(13) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, p. 265.

(14) BECCARIA BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, 1774. Hay eds. de Tomás y Valiente, Madrid, 1969, y Madrid, 1993; de Álvarez García, Granada, 1996.

(15) La trascendencia de ambos personajes y sus respectivas obras ha sido magníficamente descrita por GARCÍA VALDÉS en su artículo «Nota acerca del origen de la prisión», en VV.AA., García Valdés (dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, 1997, pp. 400 y 401.

El jurista que hay en Lardizábal le hace centrarse en el estudio de instituciones concretas: el aspecto correccional del castigo, donde encuentra antecedentes en las ideas filosóficas de Séneca, u ocuparse, extensamente, de las casas de corrección en el ámbito penitenciario. Se trata, pues, en este caso, de elaborar el Derecho penal del porvenir, no de arramplar con todo, sino retomando, que no justificando, lo vigente como digno de transformación.

El encargo que Roda y el Consejo de Castilla dan a Lardizábal, cuyo fruto es el Discurso ya reseñado, no desemboca, al decir de la doctrina, en ningún Proyecto de Código Penal español, si bien su recopilación y sus ideas sí pasan al legislador de Cádiz y a los Comisionados que redactan el Código Penal de 1822 (16). Y de esta fuente surge la toma de postura frente a lo pretérito, la dulcificación de las penas, como la supresión de la de azotes o la sustitución en cuanto a la ejecución de la pena de muerte de la horca por el garrote y, en materia procesal, la supresión del tormento que se extiende a la jurisdicción inquisitorial.

El principal inspirador del Código de 1822 es D. José M.^a de Calatrava, desterrado por Fernando VII. Sus ideas no pueden ser más evidentes. Su «defensa encarnecida del texto adoptado por la Comisión, como si fuera cosa propia», es destacada por D. José Antón (17), quien, como si hubiera sido expectador de aquellos debates, que le parecen un diálogo de Calatrava con los otros diputados, concluye que «gracias a su carácter poseído de sí mismo, tuvo

(16) Vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española. Codificación Penal*, 5, 2 vols., Madrid, 1970, pp. 41 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, 1, *op. cit.*, pp. 755 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2.^a ed., anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, pp. 74 ss.; DEL ROSAL, *Derecho Penal. Lecciones*, 2.^a ed., Valladolid, 1954, pp. 121 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 9.^a ed., revisada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid, 1985, (1.^a ed., 1969), pp. 96 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, 4.^a ed., Madrid, 1996, pp. 57 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 93 y 94; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal español. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1996, p. 102; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, dirigida por Cobo del Rosal, Madrid, 1996, p. 15; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, pp. 117 y 118; ARTOLA, *La España de Fernando VII*, Madrid, 1999, p. 586.

(17) ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 269. Llegando incluso a denominarle como «su principal animador y alma de los debates parlamentarios», *op. cit.*, p. 270. También resalta su decisiva intervención CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código...*, *op. cit.*, p. 343.

firmeza y constancia, sin las cuales no se hubiera conseguido la aprobación del Código Penal, discutiendo artículo por artículo los 816 integrantes del texto en menos de tres meses». Le acompañan en la tarea legislativa nombres como Martínez Marina y Flórez Estrada, autores moderados y liberales (18); de ahí un Código mezcla del napoleónico y de las nuevas doctrinas de Bentham (19), con muy poco de Lardizábal porque ha firmado la Constitución de Bayona (20). Dicho Código Penal de 1822 se promulga el 9 de julio, «con toda la solemnidad que requería una Ley de esta trascendencia» (21), retrasándose su vigencia hasta el primero de enero del siguiente año. Como razones estimadas por el Gobierno, que se oponían a su entrada en vigor, publicando una Real Orden, fechada el 28 de septiembre de 1822, aplazando su vigencia, se han señalado las siguientes: «De una parte, la necesidad de que jueces y magistrados la estudiasen, y no debe echarse en olvido que la extensión del Código, unido a su novedad, dificultaban extraordinariamente esta tarea; de otra, los impedimentos que entorpecían su circulación, retrasando la llegada de los ejemplares a todos los puntos de la península. Y, por último, la conveniencia de la aplicación simultánea e inmediata de la misma en todo el Reino» (22).

Por todo esto y atendiendo a otras consideraciones, algún sector doctrinal ha llegado a sostener que el Código Penal de 1822 no lle-

(18) Según LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación...*, *op. cit.*, p. 43, y AN-TÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, p. 267, figuraban en la Comisión Redactora «Martínez Marina, Calatrava, Vadillo, Caro, Victórica, Crespo, Rivera, Florez Estrada y Rey»; Sin embargo, los nombres que citan ARTOLA, *La España...*, *op. cit.*, p. 585, y ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 11, 1946, p. 4, son los siguientes: «Martínez Marina, Calatrava, Vadillo, Rey, Crespo, Caro y Rivera».

(19) En palabras de CADALSO: «Influjo de las doctrinas jurídicas dominantes a la sazón en Europa y desde luego las del código francés de 1810», en *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, p. 121.

(20) Por ello, según SALILLAS, «tal vez entre aquellos legisladores estuviera políticamente en entredicho», en *Evolución penitenciaria en España*, II, Madrid, 1919, p. 260.

(21) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, *op. cit.*, p. 10, señalando este autor que dada la sobrecarga de trabajo de la Imprenta Nacional, ésta no logrará «dar a luz en una esmerada edición el Código Penal», hasta «el mes de septiembre de 1822».

(22) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, *op. cit.*, p. 10. También son recogidas por CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código...*, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

gó a ser puesto en práctica por los Tribunales (23). Sin embargo, otros autores, tras una minuciosa consulta de los textos de la época, llegan a afirmar su efectiva aplicación, no encontrando acuerdo o disposición alguna sobre la suspensión de su vigencia oficial, aunque fuera tan sólo por unos meses (24). Así, y teniendo en cuenta «el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial del antiguo régimen y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto a los azares de la guerra, que mantuvo simultáneamente autoridades de uno u otro partido en los diferentes lugares de España», según Antón Oneca (25) «se puede pensar que la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual».

El absolutismo no quiere reformas progresistas. Abroga toda la nueva legislación y restablece la del Antiguo Régimen, es el momento del retorno a las fuentes supletorias, señaladas por el Ordenamiento de Alcalá, con las que iniciaba el panorama de estas cuestiones. Por eso, los prácticos y los comentaristas pueden escribir, con verdad, que en la confusión, el régimen penal antiguo sigue vigente. En nuestro país lo dijo Pacheco (26): «Después de las Partidas, y desde el siglo XIII hasta el XIX en que vivimos, no se han hecho en España códigos ni civiles ni criminales. Hánse redactado cuadernos de leyes, o llámense Ordenamientos, en algunas cortes, hacia el fin de la edad media; hánse dictado leyes sueltas en gran número, ora en el orden civil, ora en el orden criminal, pretendiendo llenar con sus preceptos los vacíos que en la sociedad se notaban, y satisfaciendo, o procurando satisfacer, cuando eran sentidas, las públicas necesidades; hánse formado, en fin, esas colecciones, mas o menos artísticas y completas, a que se ha llamado Recopilación, y en las cuales se comprende, o se ha debido comprender, todo nuestro reciente Derecho. Pero código no se ha ordenado ninguno. Ningún legislador se ha propuesto íntegra y sintéticamente el problema social. En el año de gracia de 1800, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendían aún nuestros códigos criminales, salvo en lo que especial y detalladamente estuviese modificado o reformado por especiales disposiciones».

(23) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, op. cit., pp. 2 ss.

(24) Vid. DEL ROSAL, *Lecciones...*, op. cit., p. 121; ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, op. cit., pp. 274 ss.; y CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código...*, pp. 337 ss.

(25) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, op. cit., p. 275.

(26) PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 2.^a ed., Madrid, 1856, p. XLIV.

Y a esa situación también se refirió Tissot (27): «A pesar de la desmembración del imperio español y de las leyes especiales de cada provincia, encuéntrase además en este país tres monumentos de legislación general: el Forum Judicum (Fuero Juzgo), las Siete Partidas y la Codificación de las leyes (la Recopilación). El primero es del siglo VII, y pertenece a los reyes Chindaswinto, Ervigio y Egica; el segundo es obra de Alfonso el Sabio, en el siglo XIII; y el tercero pertenece a Carlos IV, y comprende la famosa Constitución criminal. Estas tres legislaciones representan sucesivamente la barbarie, el feudalismo y la monarquía absoluta. España no ha podido salir aún de esta última fase de la Civilización; mas cada una de sus revoluciones políticas aporta naturalmente una nueva reforma a las leyes criminales, como ha sucedido en 1814, 1825, 1834 y 1837. Esperamos que la de 1854 no será completamente estéril en este punto».

Por ello, como bien ha señalado el Prof. Antón Oneca (28), «España tuvo que esperar hasta mediados de siglo para conseguir un Código estable que la pusiera, en el sector penal, a la altura de los pueblos cultos».

El Código Penal de 1848 (29), nuestro segundo texto punitivo, es quien verdaderamente sustituye al Antiguo Régimen, cosa fácilmente explicable por la corta vigencia del Código predecesor (30), ya que, «al hundirse el régimen político que lo trajo al mundo, sucumbió, pues, el apenas nacido, volviendo a imperar la situación

(27) TISSOT, *El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, trad. por Ortega García, tomo I, Madrid, 1880, p. 305.

(28) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, op. cit., p. 278.

(29) LASSO GAITE, *Crónica...*, op. cit., pp. 251 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, op. cit., pp. 759 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 74 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 122 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 99 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, op. cit., pp. 59 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, op. cit., p. 94; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 102 ss.; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, op. cit., p. 15; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, op. cit., pp. 118 y 119.

(30) Recuérdese el Decreto de Fernando VII declarando «nulos y de ningún valor todos los actos del Gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el 7 de marzo hasta hoy día 1.º de octubre de 1823, declarando, como declaro, que en toda esta época he carecido de libertad, obligado a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos, que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo Gobierno». Vid. ARTOLA, «La España...», op. cit., p. 667.

anterior» (31) y, además, ha estado latente en toda nuestra legislación penal durante más de un siglo. Su huella es de un relumbro único. Ningún texto ha marcado la modernidad como él (32), la transformación que tiene lugar en poco más de veinte años, perdura más de siglo y medio. Incluso nuestro vigente Código penal tiene reflejo y asiento en muchas de sus instituciones, acertadas y orientadas para el futuro, si bien el sistema y orden legal es rupturista con todo pasado.

Regente Espartero, y Ministro y Presidente del Consejo D. Joaquín M.^a López a la caída de aquél, los más destacados políticos y juriconsultos del momento se agrupan para redactar el Proyecto de nuevo Código Penal (Cirilo Álvarez, Bravo Murillo, García Goyena, Manuel Cortina, Pacheco, Vizmanos, etc.) que se aprueba por las Cortes el 19 de julio de 1848.

El sustrato ideológico del nuevo texto es el utilitarismo filosófico de Bentham, las doctrinas penales de Filangieri y, fundamentalmente, el eclecticismo de Rossi. Pero la influencia de todos ellos hubiera sido nula sin el vehículo transportador que significó Pacheco en sus conferencias del Ateneo.

¿Quiénes son estos autores que han impuesto su impronta en nuestros textos legales? ¿Cuál fue el papel real de Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848?

Gaetano Filangieri es citado con elevada frecuencia en las discusiones para la elaboración del Código Penal. Reformador del Derecho vigente en su país, fue más jurista que Beccaria y, por eso, más sistemático, de lo que adolece el inmortal trabajo del marqués. Su *Ciencia de la Legislación* (33) tuvo éxito con varias traducciones en España.

De Bentham gusta su idea de la prevención general ejemplarizante, su criterio de las penas más aparentes que reales, ejecutadas con gran boato (recuérdese su apología de los autos de fe), cuyas imágenes pasan al nuevo Código Penal, como ahora se verá.

Pellegrino Rossi es penalista y político italiano, al servicio de varios países, como Suiza, Francia o el Vaticano. «Ciudadano europeo» lo llamó Graven (34). Pese a haber sido traducido al cas-

(31) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, op. cit., p. 275.

(32) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, p. 19.

(33) FILANGIERI, *Scienza de la Legislazione*, III, Venezia, 1783, moderna ed., Milano, 1817.

(34) GRAVEN, *Pellegrino Rossi, grand européen*, Genève, 1949.

tellano (35), no hubiera sido nadie, en nuestro país, sin Pacheco, la vía de penetración del eclecticismo de Rossi a través de las conferencias, ya mencionadas, pronunciadas en el Ateneo madrileño (36).

El Código de 1848 recoge la ideología de su insigne comentarista (37): D. Joaquín Francisco Pacheco (38); si bien, y aunque se ha dicho de él que fue «el alma de la Comisión» (39), no puede ser propiamente considerado como su autor (40). En cambio sí puede afirmarse, como lo ha hecho Antón Oneca (41), que sus Lecciones «crearon el ambiente de la ciencia penal española en el segundo tercio del siglo, que cristalizó en el Código de 1848»; por ello, como acertadamente ha destacado Téllez (42), «su decisiva influencia no fue fruto de su labor legislativa, como ponente de la Comisión Redactora, sino que se realizó indirectamente a través del amplio calado que sus lecciones, publicadas seis años antes, habían tenido en todo el panorama doctrinal de la época, insuflando un eclecticismo a todos los redactores directos del Código». A su vez, los estudios de Antón (43) y de Candil (44) han significado cómo su contribución a la redacción final del texto fue modesta, sin olvidar que formó parte de la Comisión sólo por algún tiempo, asistiendo de manera irregular a las sesiones y cómo finalmente no puedo in-

(35) ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por Cayetano Cortés, Madrid, 1839; hay sucesivas eds.

(36) PACHECO, *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, Madrid, I, 1842 y II, 1843.

(37) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 3 tomos, 2.^a ed., Madrid, 1856.

(38) APARICIO CALVO-RUBIO, «Pacheco, penalista», *Revista de Derecho Judicial*, Separata, Madrid, 1966, pp. 19 ss. y 27 ss.

(39) CADALSO, *Instituciones Penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 124.

(40) Sin embargo REVUELTA BENITO, «El Código penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 6, 1945, pp. 31 ss., lo señala como «el más significado miembro de aquella Comisión, quien sin duda alguna, fue el que de manera más relevante y personal tomó parte en la formación del Código Penal».

(41) ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1965, p. 481.

(42) TÉLLEZ AGUILERA, *Estudio preliminar y anotaciones a El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 2000, pp. 34 y 35.

(43) ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1848...*, *op. cit.*, pp. 473 ss.

(44) CANDIL JIMÉNEZ, «Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1975, pp. 405 ss.

tervenir en la discusión del Proyecto en las Cortes (1847), porque Pacheco desempeñaba nuestra embajada en Roma, siendo D. Manuel Seijas Lozano, jurista y Director de la Academia de la Historia, el principal ponente de dicha obra. Él es el que, fundamentalmente, discute, pelea en la Comisión, argumenta y quien convence. El Proyecto final adapta el Código napoleónico de 1810, significativo de que el ambiente político es bastante semejante, el autoritarismo liberal, es decir: Constitución y Narváez, y lo presenta a las Cortes el Ministro de Justicia Lorenzo Arrazola.

Entre las características esenciales que cabe destacar del nuevo texto, la pena es retribución y, por otro lado, prevención general. La teatralidad en la ejecución de la pena de muerte de Bentham procede y la pena de argolla mantiene un carácter de sanción inequívocamente aflictiva. El arbitrio judicial se recorta de manera extraordinaria en las estrictas reglas para la aplicación de las penas. Y esta propia inflexibilidad del texto ahoga los esfuerzos reformadores de la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 que no encuentra su proyección en los preceptos penales. Por ello, se ha calificado (45) de «obstáculo al progreso penitenciario, que en ocasiones se hubo de saltar».

En septiembre de 1868 se destrona a Isabel II, promulgándose, un año después, la nueva Constitución. El Código Penal de 1870 (46) significa la armonización del nuevo contexto político con el punitivo. Así, uno de los principales objetivos perseguidos por los reformadores fue proteger penalmente la Constitución de 1869, tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales (47).

El Código Penal de 1870 es la historia de una paradoja. El más corto en su elaboración, llamado por ello «Código de verano», y el de más larga vigencia en nuestro país, pues no debe olvidarse que,

(45) ANTÓN ONECA, *El Código Penal de 1848...*, op. cit., p. 490.

(46) LASSO GAITE, *Crónica...*, op. cit., pp. 417 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, op. cit., pp. 762 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 76 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 123 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 104 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, op. cit., pp. 61 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, op. cit., pp. 94 y 95; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, op. cit., p. 104; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, op. cit., p. 16; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, op. cit., pp. 119 y 120.

(47) ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1870», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1970, pp. 229 ss.

aunque derogado en 1928, es restablecido por la Segunda República (48).

Y ese criterio de adaptación del nuevo espíritu constitucional al marco penal se manifiesta en la Parte Especial, por ejemplo, en la modificación de los delitos contra la religión, al proclamarse la libertad de cultos, cesando la hiperprotección de la católica, o en el nuevo Título sobre los delitos contra la propia Constitución; y en la General, en el suavizamiento de las penas, suprimiéndose la de argolla o limitándose a los 30 años la de prisión.

Si el nombre de Pacheco se une al texto del 48, el de D. Alejandro Groizard tiene que figurar vinculado indisolublemente con el nuevo Código Penal, en el que interviene, primero, y comenta, después (49).

Por lo que hace a la reforma penitenciaria, de igual manera que puede decirse que el correccionalismo poco influye en los aspectos sustantivos (50), hay que afirmar que sí se nota su impronta en el penitenciarismo.

Röeder, discípulo de Krause, deja una doctrina, el correccionalismo, sin apenas seguidores en Alemania, con muy escasos en Italia (Pessina es el autor de mayor relevancia), y con muchos en España, donde la lejanas ideas de enmienda y corrección de Séneca se barnizan con el nuevo tono ideológico de Röder.

Desde el punto de vista legislativo, el sistema penitenciario opta por los modelos denominados celular o pensilvánico y auburniano, que tuvieron difusión, especialmente el primero, en la Europa del siglo XIX, importados de Norteamérica. El filadélfico se acoge, pues evita la corrupción debida al contacto de unos delinquentes con otros y en España tal sistema unicelular se refleja, por

(48) En este sentido, recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en su Discurso de recepción como Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación, manifiesta que «como paradójicamente ha sucedido en nuestro país con otras leyes que nacieron con carácter provisional, fue el de más prolongada vigencia», *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2002, p. 12.

(49) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, 7 tomos., 3.ª ed., Madrid, 1923.

(50) Así, y aunque las penas se dividen, fundamentalmente, en aflictivas y correccionales, CADALSO, *Instituciones Penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 128, igualando los términos y los dispares contenidos, ha manifestado que «no tienen tales penas de correccionales más que el nombre, impuesto por la influencia de los correccionales, principalmente por Röeder».

ejemplo, en el Reglamento de la Cárcel de Madrid de 23 de febrero de 1894. Por contra, el auburniano se prefiere en los Proyectos arquitectónicos de Aranguren (51) y en la penitenciaría de Alcalá de Henares. La prueba del sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad tiene lugar por Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, para la colonia penal de Ceuta (52).

El nuevo siglo significa para nuestra legislación penal la refundición de la dirección humanitaria de las penas, que proviene de la Escuela clásica, y el centrar la atención en el delincuente, que es la dirección positivista.

Ejemplo significativo de lo primero puede ser el dejarse de ejecutar públicamente la pena de muerte (Ley Pulido, 1900) (53), o el afianzamiento del mencionado sistema progresivo de cumplimiento de la pena de prisión por Reales Decretos de 3 de junio de 1901 y 5 de mayo de 1913.

En materia de individualización de penas la Ley de libertad condicional, de 23 de julio de 1914, y su Reglamento, de 28 de octubre, permiten acceder a los condenados que hayan descontado las tres cuartas partes de la condena por buena conducta, a la libertad.

El siguiente Código Penal español es el de 1928 (54), que aunque parte, lógicamente, de los anteriores, presenta alguna originalidad como la específicamente relativa a las medidas de seguridad.

La doctrina de Carl Stooss en el Anteproyecto de Código Penal federal suizo, de 1896, parece haber tenido una influencia cierta en este aspecto. La distinción entre penas y medidas se impone, tesis dualista, distinguiendo entre los delincuentes habituales, semiimputables, ebrios, etc. En el texto español tales medidas figuran

(51) ARANGUREN, *Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España*, Madrid, 1871, pp. 17 ss.

(52) *Vid.* FIGUEROA NAVARRO, *Los orígenes...*, *op. cit.*, pp. 99 ss.

(53) *Vid.* PUYOL MONTERO, *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Madrid, 2001, pp. 182-190.

(54) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 657 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 773 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 79 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 124 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 108 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 62 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 95; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 105; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 16; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 120.

como complemento de la pena con el instituto de la sentencia indeterminada.

La Comisión General de Codificación trabaja en el nuevo Código penal. Los nombres de García Goyena, Cuello Calón y Quintiliano Saldaña son determinantes, especialmente el último. Saldaña acaba de traducir y anotar a Liszt, conoce su sistema de la nueva teoría jurídica del delito y de la pena, que intenta reflejar en la Parte General. No debe olvidarse, tampoco, que el ya citado Stooss era discípulo, también, de Von Liszt. Por ello, es fácil encontrar rastros de prevención especial en el texto legislativo.

El Código Penal de Primo de Rivera tiene una corta vigencia, por cuanto la Segunda República restablece, como ya se ha dicho, el de 1870, hasta la presentación del Código que patrocina la República.

Y el paralelismo histórico del Código Penal de 1932 (55) con el de 1870 salta a la vista en lo que se refiere a la adaptación de la ley punitiva al nuevo periodo constitucional (56).

Los nombres y las ideas no pueden ser las de 1928. Como miembros de la Comisión Jurídica Asesora figuran, entre otros, destacados penalistas como los Profesores Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Rodríguez Muñoz o Ruiz Funes. Por eso, la orientación del nuevo texto es político-criminal y humanitario. En cuanto a lo primero porque ha tenido en cuenta, para corregirlas, las críticas doctrinales efectuadas al viejo texto, como por ejemplo la ampliación del estado de necesidad, o añade planteamientos innovadores en materia de enfermedad mental, incorporando a la precisa redacción de la eximente al Dr. Sanchís Banús. En cuanto a las sanciones criminales, se suprime la pena de muerte, y se reafirma el sistema penitenciario progresivo.

El período del Derecho penal autoritario y, después, democrático cierra esta breve exposición histórica en España.

(55) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 749 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 780 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 80 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 125 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 111 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 63 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 95; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 105; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 16; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

(56) QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Navarra, 2000, pp. 234 y 235.

Asentado el régimen franquista en el Código Penal del año 1944 (57), con instituciones procedentes de la legislación de post-guerra: delitos políticos, redención de penas por el trabajo, aun respetando logros del pasado: principio de legalidad o condena y libertad condicionales, el de 1973 (58) responde a un momento político de continuismo imposible. Sus reformas lo van transformando en un texto moderno en el que prima la prevención especial, el elemento de culpabilidad subjetivo, la progresiva supresión del castigo por el resultado y la tendencia humanitaria de las penas.

El Código Penal de 1995 (59), vigente, ahonda en el olvido de los anteriores y los perfecciona técnicamente: varía el número tradicional de sus Libros, modifica radicalmente el sistema de la Parte Especial, se atiene al criterio de los bienes jurídicos protegidos más que al de la moral, presente en textos anteriores; aparecen importantes sustitutivos penales y, en la Parte Especial, sobre todo, destaca la toma de postura acerca de la relativa disponibilidad de la propia vida, en la eutanasia atenuada, las indicaciones en el aborto o el advenimiento de una nueva delincuencia no convencional que se trae de la legislación administrativa a la penal.

Pero el Derecho vigente es presente, no historia.

(57) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 798 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 808 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 82 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 128 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 113 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 64 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 96; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 105; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 17; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 121.

(58) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 1973 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 123 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 67 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 106; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 122.

(59) LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 68 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 100 ss.; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 108 y 109; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 126 ss.

Penas y vergüenza

JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO (*)

Universitat «Pompeu Fabra»

Un asunto que ha adquirido recientemente una inusitada atención en nuestra sociedad ha sido la propuesta del presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de publicar la lista de los condenados por malos tratos domésticos para su escarnio y vergüenza (1). Como consecuencia de ello ha surgido un interesante debate acerca de la justificación de este tipo de castigos en el marco de nuestro ordenamiento constitucional.

(*) Doctor en Derecho. Profesor titular EU de Filosofía del Derecho.

(1) Ver *El País*, 11 de octubre de 2000. Las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron el 17 de mayo de 2001 la Ley de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas (Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 5/2001, de 17 de mayo de 2001). Ni en las disposiciones normativas, ni en la exposición de motivos hay referencia alguna a que se busque la vergüenza de los condenados. La ley dispone en su artículo 11 que «el Gobierno enviará a las Cortes las sentencias judiciales en las que haya condenas por malos tratos y cuando se cuente con el consentimiento de la víctima o, cuando ésta no pudiere prestarlo, con el consentimiento de las personas perjudicadas. En todo caso, se respetará la intimidad de la víctima, su entorno familiar y fundamentalmente la intimidad de los menores afectados».

En la Disposición adicional única se establece que «los datos personales de todo tipo que figuren en el Informe al que se refiere el artículo 11 de esta Ley no podrán ser incluidos en fichero, ni ser tratados, ni cedidos en los términos que para estos conceptos establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos deberán ser siempre respetados en aplicación de esta Ley».

Aunque en la reciente historia de la España constitucional sería una novedad el que se establecieran castigos de estas características, lo cierto es que desde hace unas décadas se asiste a un renacimiento de estas penas en otros países, especialmente en EE. UU. Las denominadas *shameful sanctions* llevan aplicándose desde hace un par de décadas como estrategia punitiva para hacer frente a determinados delitos y a un cierto tipo de delincuentes.

La presuposición principal sobre la que se basa esta propuesta es la posibilidad de establecer una ligazón entre el sentido de la vergüenza y la tendencia a observar las normas jurídicas. El temor a ser avergonzado públicamente puede ser tan fuerte o más que el miedo de ir a la cárcel, y por ello se sugiere que habrá una mayor inclinación a cumplir las normas sociales y eventualmente, una mayor probabilidad de reintegración social del delincuente. Es decir, los castigos avergonzantes pueden ser más eficaces que la sanción carcelaria. Y si esto es así, ¿por qué no reintroducirlas nuevamente en nuestros sistemas jurídicos?

En lo que sigue abordaré los siguientes aspectos: 1) definición y tipología de estos castigos avergonzantes; 2) argumentos a favor de tales castigos; 3) algunas objeciones a su restablecimiento.

Definición y tipos de castigos avergonzantes

El uso de la vergüenza como castigo no es novedoso. En la literatura filosófica y antropológica es habitual distinguir las sociedades según dos medios usados en el control social: la vergüenza y la culpa. En ambos casos se trata de emociones que constituyen una fuente de control social eficaz al generar inclinaciones positivas hacia el cumplimiento de las normas (2).

La vergüenza es considerada una emoción que produce algún tipo de daño y de reevaluación del propio sujeto respecto a lo que le rodea. Bernard Williams caracteriza la vergüenza como una emoción roja, en el sentido de que uno se ve a sí mismo a través de los ojos de los demás lo cual conduce al sonrojo (3). Los efectos que produce el avergonzamiento son complejos. En general, se trata de una emoción autoconsciente que incluye sentimientos de falta de

(2) ELSTER, Jon: *Economics*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 124.

(3) WILLIAMS, Bernard: *Shame and Necessity*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, pp. 219-220.

valor o de debilidad que afectan a la propia concepción del yo de una forma global. La exposición ante los demás provoca una sensación de desventaja y de pérdida de poder. Por eso, el modelo psicológico que se asocia a la vergüenza es el de un mirón o un testigo que ha sido descubierto. Al quedar el sujeto expuesto ante los demás, las emociones que se producen son la angustia y el temor, por cuanto se contempla a sí mismo como objeto o figura pública de recriminación social. La vergüenza comporta «una especie de desplome del sentimiento del propio valor, el sujeto en la vivencia del rechazo de su acción se avergüenza de sí mismo, se experimenta como de menor valor social de lo que previamente había supuesto» (4). En este sentido, Elster señala que la vergüenza se distingue de la culpa en que, siendo ambas formas de autoacusación, la vergüenza es global o caracterológica (soy una mala persona) y la culpa, específica o conductual (cometí una mala acción) (5).

Este breve análisis de la vergüenza como emoción permite examinar de qué manera actúa en el castigo: genera una ruptura entre el sujeto avergonzado y los otros y ello produce un daño que afecta negativamente a algún elemento que es considerado importante para el propio sujeto, esto es, en su identidad y en su relación con la sociedad (el respeto, la estima, el honor). Este proceso conduce a la autoconciencia de pérdida de valor. Esta consecuencia puede ser tan gravosa que puede producir un temor tan fuerte o más que el miedo de ir a la cárcel. Es éste el argumento en que se apoyan algunos criminólogos para afirmar que el temor a la vergüenza puede ser un motivo eficaz para lograr que los individuos tengan la inclinación a cumplir las normas sociales (6).

Una vez visto cómo actúa la vergüenza en el sujeto como mecanismo de control social, examinaré cuáles son sus rasgos parti-

(4) HONNETH, Axel: *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, Barcelona, 1992. Trad. de M. Ballester, p. 166. Véase también Schneider, Carl: «la vergüenza es la experiencia dolorosa de la desintegración del mundo de uno mismo. Se produce una ruptura en la relación del yo con consigo mismo y con los otros... El yo ya no es una unidad, sino que se divide. Se siente menor de lo que quiere ser...»: SCHNEIDER, Carl D.: *Shame, Exposure and Privacy*, WW. Norton & Company, New York-London, 1977, p. 22.

(5) ELSTER, Jon: *Economics; op. cit.*, p. 125. Otra diferencia que apunta este autor es que la culpa nos induce a reparar una mala acción, y la vergüenza nos lleva a ocultarnos o desaparecer (p. 127).

(6) Sobre la vergüenza como motivo para el cumplimiento de las normas sociales puede verse ELSTER, Jon: *Economics, op. cit.*, pp. 124 ss. ANOLLI, Luigi: *La vergogna*, Il Mulino, Bologna, 2000.

culares con relación a la noción *standard* de castigo (7). Para ello, asumiré la definición de castigo de Hart que incluye los siguientes rasgos: 1) acarrea dolor u otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables; 2) es impuesto por una transgresión a reglas jurídicas; 3) es infligido a quien realmente se considera autor de una transgresión; 4) es impuesto intencionalmente por otros seres humanos; 5) es impuesto y ejecutado por una autoridad constituida por un ordenamiento jurídico contra el cual se ha cometido la transgresión. Ross (8) ha sugerido la inclusión de un sexto rasgo (que el castigo es una expresión desaprobación al transgresor) cuya discusión abordaré más adelante.

Los castigos avergonzantes cumplen con estas notas distintivas, pero presentan dos particularidades en el primer y en el último rasgo.

En efecto, en la actualidad y de forma general el contenido de los castigos tiene que ver con la privación en la disposición de ciertos bienes: la propiedad, la libertad de movimiento, etc. El rasgo distintivo de los castigos avergonzantes es que se coloca al condenado en una situación que normalmente causa vergüenza (9). La consecuencia desagradable en los castigos que estamos examinando está relacionada con el daño que origina el avergonzamiento.

El segundo rasgo propio de las medidas avergonzantes estriba en que la ejecución de la pena impuesta por las autoridades estatales va acompañada de la participación del grupo social o de la víctima del delito (10).

(7) HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 4-5

(8) ROSS, Alf: «La finalidad del castigo», en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a A. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976. Traducción de G. Carrió, pp. 155-157.

(9) Para que este proceso sea exitoso parece necesario que: 1) el delincuente sea miembro de un grupo identificable, ya sea religioso, étnico o social; 2) las acciones del delincuente sean sentidas como lesivas por la comunidad; 3) la pena sea comunicada por el grupo social mediante algún tipo de acción u omisión que implique respecto del condenado algún tipo de abandono o rechazo, ya sea de carácter físico, emocional o económico; 4) el condenado tema las consecuencias de la aplicación de una sanción avergonzante, pues aunque éstas no impliquen daño físico, sí suponen característicamente un daño psicológico o moral. MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law»; *Michigan Law Review*, vol. 89, núm. 7, June, 1991, p. 1886. Ver también: POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, London, 2000, pp. 88 y 108.

(10) POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, op. cit., p. 94.

En definitiva, los castigos avergonzantes son aquellos en los que se coloca al condenado en una situación que normalmente provoca consecuencias desagradables (el avergonzamiento), como consecuencia de una transgresión de reglas jurídicas, por decisión de la autoridad judicial, y que cuenta con la participación de un grupo social (o de la víctima del delito) en su aplicación.

Pueden establecerse tres grupos de estas penas avergonzantes (11):

1. Penas que pretenden estigmatizar al condenado. El propósito de esta modalidad de sanciones es magnificar la desaprobación inherente en la condena a través de la comunicación de la situación del delincuente a un público numeroso. Así, por ejemplo, algunos ayuntamientos publican los nombres de los condenados en periódicos o boletines oficiales, o incluso los difunden en programas de televisión. Este tipo de medidas suele ser frecuente cuando se ha sido condenado por delitos sexuales o simplemente por acceder a los servicios de prostitutas (12).

Una variante de estas medidas son los castigos que pretenden una estigmatización literal, esto es, que el delincuente sufra la estampación de algún tipo de marca o símbolo. A diferencia de los supuestos mencionados anteriormente, aquí la publicidad juega un papel menor frente al propósito estigmatizante. En efecto, algunos jueces han establecido en sus sentencias que los jóvenes ladrones o los individuos que han cometido algún delito sexual menor lleven camisetas en las que aparece enunciado el delito o falta que han cometido: «Estoy en libertad vigilada por hurto», «Soy un ladrón», o «Estoy condenado por molestar a niños» (13). Otros ejemplos son la obligación de portar brazaletes brillantes con el mismo tipo de frases, colocar los símbolos estigmatizantes en los coches (por ej.: a los condenados por conducir en estado de embriaguez se les condena a llevar una matrícula en la que aparece de nuevo el

(11) KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?»: *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, p. 631.

(12) Véase como ejemplo la noticia aparecida en *El País* el jueves 31 de diciembre de 1998: «Virginia publica en Internet la lista de delincuentes sexuales del Estado: Virginia ha revelado en Internet el nombre y domicilio de más de 4.600 delincuentes sexuales de ese Estado norteamericano».

(13) Ver KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 633.

mismo tipo de rótulo) (14); llevar en la suela de los zapatos una tapa metálica de manera que suene cuando camina y así el condenado pueda ser reconocido por el resto de la ciudadanía (15); y, por último, también es frecuente que se coloquen los signos que evidencian la comisión de un delito en la fachada de la casa del infractor (16).

2. Penas que promueven la degradación del condenado a través de la imposición de ceremonias o rituales que normalmente tienen esa consecuencia. A pesar de la similitud con algunos ejemplos de estigmatización literal o de publicidad estigmatizante, lo característico en esta categoría es la mayor participación o injerencia del grupo social o de las víctimas del delito en la vida del delincuente. Algunos ejemplos de estas sanciones son la obligación que debe soportar el condenado por un robo de permitir que sus víctimas entren en su casa, curioseen y remuevan lo que a ellos les parezca (17), la obligación de limpiar las calles impuesta a los condenados por orinar en lugares públicos (18), o la obligación del condenado de soportar que la mujer víctima de su acoso sexual le escupa en la cara.

3. Penas que persiguen el arrepentimiento del condenado: aquí el delincuente debe hacer públicas sus propias convicciones, describiendo sus delitos en primera persona y pedir perdón por ellos o bien disculparse de rodillas, obteniendo la exoneración de la cárcel sólo si logra convencer a sus víctimas de que su arrepentimiento es sincero (19). De manera especial, este tipo de sanciones se usa cuando existe algún grado de vinculación entre la víctima y el condenado (20).

(14) Iowa Code Ann 321J.4A(4)(a) (West Supp 1995); *Goldschmitt v. State*, 490 S2d (Fla Dist Ct App 1986). Citado por KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 632.

(15) *People v. McDowell*, 59 Cal. App. 3d 807, 130 Cal. Rptr. (1976). Citado por BRILLIANT, *op. cit.*, p. 1362.

(16) *State v. Bateman*, 95 Or. App. 456, 771 P. 2d 314, 318 (1989). Citado por BRILLIANT, *op. cit.*, p. 1365.

(17) Citado por KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 633.

(18) Citado por KAHAN, Dan: «What do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 633.

(19) ALTER, Jonathan y WINGERT, Pat: «The Return of Shame»: *Newsweek*, February 6, 1995, p. 21.

(20) Estas medidas deben ser distinguidas de aquellas otras medidas extra-judiciales agrupadas bajo la denominación de «reparación a la víctima» en las que el condenado (normalmente, se trata de personas jóvenes) debe reparar a la vícti-

Han sido varios los argumentos esgrimidos en la defensa de estas medidas. Todos ellos están atravesados por la suposición de que en su ámbito de aplicación son más efectivas que la cárcel. No obstante, aquí me concentraré en tres justificaciones: su mayor carácter expresivo, el menor coste económico y la menor crueldad que la cárcel.

Argumentos a favor de las medidas avergonzantes

El mayor carácter expresivo

Uno de los principales argumentos a favor de las medidas avergonzantes es que comunican de una manera más eficaz que otras medidas una reprobación al condenado (21). Esta afirmación tiene su sustento en la concepción expresiva o comunicativa del castigo (22).

Según esta concepción, el castigo tiene un elemento reprobatorio de naturaleza moral, esto es, la pena expresa las exigencias de un orden moral aceptado. En este sentido, no sería posible ofrecer una adecuada caracterización del castigo si no se subrayara el elemento expresivo o comunicativo. La pena comunica o expresa significados morales. En opinión de Feinberg, lo que distingue conceptualmente a la pena de otras medidas jurídicas coactivas es que representa un instrumento convencional para la expresión de juicios de desaprobación moral. El tratamiento gravoso o displacentero que entraña la imposición de la pena la convierte en un símbolo de la reprobación moral de la comunidad. Tal es así que el mero hecho de conocer que alguien es objeto de una medida coactiva (la pena),

ma por el daño cometido. Los arrepentimientos avergonzantes se diferencian en que tienen un carácter más público y porque especialmente buscan la degradación del condenado. Ver, sobre medidas de reparación a la víctima, AYORA, Lidia: «Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores» en Cid, José y Larrauri, Elena: *Penas alternativas a la cárcel*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 264.

(21) Como señalé anteriormente es dudoso si este rasgo, la desaprobación, forma parte de la definición de castigo. Tampoco examinaré cuál es la mejor caracterización de la naturaleza de esta desaprobación. Véase, ROSS, Alf: «La finalidad del castigo», *op. cit.*, p. 156.

(22) Ver HAMPTON, Jean: «The Moral Education Theory of Punishment», en *Punishment. A Philosophy & Public Affairs Reader*, edited by Simmons, A. J.-Cohen, M.-Cohen, J. y Beitz, Ch., Princeton University Press, Princeton, 1995.

aunque no se sepa qué acto la provocó, origina los mismos juicios y reacciones que se tienen en presencia de actos moralmente reprehensibles (23).

En efecto, dado que el grupo social participa activamente en la ejecución de la condena, se podría constatar que la reprobación moral que implica ésta se ve claramente intensificada. En los castigos avergonzantes es el propio grupo social, sin intermediarios, el que directamente se encarga de hacer llegar al delincuente su desaprobación moral de una forma más nítida y, especialmente, de una forma dramática y espectacular (24).

El menor coste económico

Otro argumento a favor de las sanciones avergonzantes es que suponen, desde un punto de vista económico, una alternativa muy seductora frente a la cárcel. En efecto, las cárceles son caras por las infraestructuras que requieren, por la cantidad de personal que debe encargarse de la vigilancia de los presos y, además, por las cantidades necesarias para la propia manutención de los presos. En cambio, los castigos avergonzantes suelen implicar una «socialización» de la sanción, puesto que es la comunidad (y no los órganos estatales) la que colabora directamente en su ejecución sin tener que efectuar una acción que implique un coste económico alto. Por ello, ante el precio colosal de las cárceles (sin contar con su ineficacia), los castigos avergonzantes presentan un aval económico digno de tener en consideración.

La menor crueldad

Es frecuente encontrar esta defensa de los castigos avergonzantes en el sentido de que se trata de castigos menos crueles que la cárcel (25). En efecto, no hace falta destacar los diferentes tipos de sufrimientos que se infligen en la cárcel: los físicos producidos

(23) NINO, Carlos: *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 205-206.

(24) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 635.

(25) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 646.
WHITMAN, James Q.: «What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?»: *The Yale Law Journal*, vol. 107, January 1998, n. 4, p. 1061.

por la reclusión carcelaria, los psicológicos y estigmatizadores ligados al mismo proceso penal y que perduran más allá del período de reclusión. La cárcel es un foco de sufrimiento físico y psicológico. Frente a este panorama carcelario, no parece que los inconvenientes de los castigos avergonzantes sobrepasen los horrores de la prisión. Por este motivo, es comprensible la respuesta que suelen dar los condenados a la alternativa entre la sanción carcelaria y una pena avergonzante: muestran claramente una preferencia por las segundas frente a la primera (26). En definitiva, si los propios afectados prefieren sufrir una medida avergonzante antes que ir a la cárcel, parece que la razón debe residir en que, considerados todos los aspectos de una medida y de otra, la cárcel debe ser más gravosa, debe infligir un daño superior al que produce una medida avergonzante.

A pesar de la fuerza de estos argumentos, no han faltado réplicas de naturaleza sociológica, política y moral que ponen en cuestión la legitimidad de la propuesta de restablecer los castigos avergonzantes.

Algunas objeciones a las medidas avergonzantes

La falta de sentido comunitario

Una de las críticas más frecuentes a estas medidas es que las sociedades actuales no reproducen las circunstancias que las harían exitosas debido al escaso consenso dentro la comunidad acerca de qué acciones son avergonzantes (27). El significado de la vergüenza en nuestras sociedades tan complejas es, debido al pluralismo de creencias y a la existencia de diversas culturas, indeterminado. Difícilmente se podría ofrecer una descripción del contenido o de los actos que producen vergüenza. De hecho, una de las razones de la desaparición de estas sanciones fue precisamente la pérdida de homogeneidad social y moral en las sociedades industriales que provocaba una desatención en la ejecución de las sanciones públicas. Estas características son todavía más pronunciadas en las sociedades contemporáneas. En una sociedad moderna mayoritariamente

(26) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*, p. 647.

(27) MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law», *op. cit.*, pp. 1917 ss.

urbana, donde el anonimato es un rasgo central, los castigos avergonzantes tienen pocas probabilidades de funcionar bien.

Junto a este dato general de las sociedades contemporáneas, hay que tomar en consideración una constatación criminológica de carácter más particular: una parte de los delincuentes desarrolla su identidad, sus modelos de comportamiento y sus convicciones más fuertes en sintonía o dentro de las llamadas subculturas criminales. Éstas se caracterizan por la homogeneidad y solidez de sus valores y pautas de comportamiento que permiten condicionar notablemente la identidad de sus miembros. Por consiguiente, no es insólito que en muchas de estas subculturas ser detenido o sufrir una condena no sea necesariamente un estigma, un signo de vergüenza o una causa de un fuerte sentimiento de culpa. Es más, una condena puede tener perfectamente el efecto contrario al esperado al ensalzar la autoestima del individuo o su reputación dentro del grupo. En este sentido, los castigos avergonzantes serían completamente inútiles ya que no necesariamente cumplirían sus dos finalidades principales, pues no constituirían una amenaza o un daño que evite la ulterior comisión de delitos, ni tampoco serían adecuados para generar la reevaluación de la conducta por parte del transgresor.

Ahora bien, esta crítica podría ser salvada al menos parcialmente, si se atiende a dos circunstancias. En primer lugar, estas críticas pueden ser también dirigidas a la sanción carcelaria. En segundo lugar y más importante, el uso de estas medidas está restringido a un determinado tipo de supuestos y de condenados. En efecto, estos castigos podrían cumplir sus expectativas si se dirigen a individuos que desarrollan su vida o una cierta actividad en sociedades pequeñas con fuertes interacciones entre sus miembros. Tal es el caso de los jóvenes delincuentes, de los condenados por delitos económicos o ciertos delincuentes sexuales. En estos supuestos parece que se respetan las condiciones de éxito de las medidas avergonzantes. Es en esas circunstancias donde se tienen expectativas de que se afectará la visión que tiene el individuo de sí mismo. En estos supuestos sí parece sensato pensar que se dan las circunstancias que harían exitoso el proceso de avergonzamiento y de hecho algunas estadísticas lo avalan (28).

(28) KAHAN, Dan: «Privatizing Criminal Law: Strategies for Private Norm Enforcement in the Inner City»: *46 Ucla, L. Rev.* 1859, 1999. ALTER, Jonathan y WINGERT, Pat: «The Return of Shame»: *Newsweek*, February 6, 1995.

La falta de proporcionalidad respecto del delito

Es difícil medir los grados de vergüenza generados por el castigo ejecutado por el grupo social. Diversos estudios psicológicos han mostrado que un mismo proceso de avergonzamiento no produce resultados homogéneos en los individuos (29). El daño en el infractor es, en la mayoría de las ocasiones, intangible y difícilmente cuantificable (30). El mismo estímulo puede producir una profunda vergüenza en algunos individuos y ningún daño en otros. Es posible que no afecte negativamente a algunas personas, y por otro lado, puede ser experimentado de forma muy displacentera por otras. En este sentido, los castigos avergonzantes no serían igualitarios ni proporcionales, ya que: 1) un sujeto puede no experimentar vergüenza; 2) ésta puede ser desproporcional entre los sujetos que sufren la misma sanción y 3) es posible que la experiencia negativa que comporta (el mal que se inflige al transgresor) no sea proporcional respecto al daño cometido por el infractor en el delito. ¿Cómo distinguir, entonces, una sanción severa de otra que lo es menos? (31), ¿cómo medir el descenso de la autoevaluación del individuo o el rechazo por parte del grupo social o el grado de embarazo o sonrojo que provocan?

Este tipo de castigos tiene, además, un efecto negativo más gravoso que la cárcel. En la cárcel, la condena es (o tiende a ser) anónima. El castigo responde a una acción del individuo, pero una vez satisfecha la condena, el anonimato de la condena permite (al menos desde un punto de vista del reconocimiento social) que pueda integrarse en la sociedad, pues no va marcado con ningún signo o estigma externo de haber cometido un delito. En cambio, el castigo avergonzante tiene una naturaleza que hace probable la cosificación del delito en la persona del delincuente. Debido a la publicidad, la estigmatización característica de estos castigos tiende a hipostasiar delito y delincuente, pues el carácter grupal y público

(29) Es más, algunos estudios psicológicos muestran que los efectos de la vergüenza, lejos de provocar un sentimiento de contrición en el afectado, provocan, en algunos casos, una reacción de indignación, ya que las experiencias avergonzantes pueden estar ligadas a sensaciones de angustia destructiva y agresión. ANO-LLI, Luigi: *La vergogna*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 31.

(30) MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law», *op. cit.*, p. 1937.

(31) Ver VON HIRSCH, Andrew: *Censurar y castigar*, Trotta, Barcelona, 1997. Trad. de Elena Larrauri.

del castigo hace difícil que la sociedad distinga una cosa de la otra o que olvide fácilmente esa identificación del transgresor como delincuente.

Por otro lado, y al margen de los efectos dudosamente proporcionales de este tipo de sanciones respecto del infractor, hay que añadir efectos indirectos que dañan a la familia, amigos o compañeros del sujeto sancionado. Este «efecto desbordante» aumenta cuando el delito y la sanción son difundidos públicamente (32). Este aspecto es especialmente relevante si, además, se toma en consideración que los efectos estigmatizantes de los castigos avergonzantes pueden ser irreversibles e incontrolables. Si la sanción avergonzante es aplicada por los propios miembros de la sociedad, entonces es casi imposible controlar el grado de intensidad con el que van a participar durante su aplicación, y más importante aún, es imposible controlar el grado de estigmatización y de degradación que dirigirán al infractor (y a sus familiares, amigos, etc.) (33), incluso cuando el período de castigo haya finalizado. Y por último es necesario considerar seriamente el riesgo de que con estos castigos se afecte al orden público y a la seguridad ciudadana, ya que el avergonzamiento público puede tener consecuencias peligrosas como provocar disturbios u otras acciones multitudinarias incontrolables (34).

Para finalizar este punto, es menester apuntar otro problema que afecta a las emociones (y por ello, también a la vergüenza) y las normas que tratan de regularlas. La cuestión, señala Elster, es que las emociones no están bajo nuestro control inmediato y ello supo-

(32) En estudios sobre los efectos de la publicación de las condenas en medios de prensa sobre las esposas de condenados se muestra que los sentimientos de embarazo y de vergüenza son mayores que en los supuestos de no publicidad. Cit. MASSARO, Toni: «Shame, Culture and American Criminal Law», *op. cit.*, p. 1938

(33) POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, *op. cit.*, p. 95.

(34) WHITMAN, James Q.: «What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?», *op. cit.*, p. 1082. Esta eventual consecuencia de la publicidad de cierto tipo de delinquentes ha tenido su reflejo en los acontecimientos recientes tras la publicación en el periódico británico *News of the World* de una lista de 50 pederastas. Algunos de estos delinquentes que estaban cumpliendo parte de la condena en su domicilio o que incluso ya la habían cumplido completamente fueron asaltados y apaleados por los vecinos al reconocerlos como miembros de esa lista. Sin embargo, el caso más dramático fue el de un individuo que después de haber sido atacado por sus vecinos fue reconocido inocente. Los vecinos lo habían confundido con uno de los miembros de la lista. Después de estos sucesos, *News of the World* afirmó que no continuaría con esta campaña de dar publicidad de los pederastas.

ne que las reglas (ya sean sociales o jurídicas) que se dirigen a prescribir qué se debe o no sentir parecen no tener sentido (35). La vergüenza parece ser una de esas emociones que solamente pueden surgir espontáneamente y que fracasan como productos intencionales. Habría, por lo tanto, serías dificultades en provocar vergüenza intencionalmente a través de reglas jurídicas o de actos institucionales como una sentencia. Si esto fuera así, habría una dificultad adicional no tanto en la justificación de este tipo de castigos, sino en la misma posibilidad empírica de producir esta emoción intencionalmente.

La afección al principio de dignidad humana

Aunque existe un acuerdo bastante generalizado en el papel central del principio de dignidad en la conformación de una sociedad bien ordenada (36), la elucidación de su significado presenta dificultades difíciles de solventar. Afirmar, por ejemplo, que los castigos avergonzantes deben ser prohibidos porque no respetan la dignidad (o el respeto, o la estima) de las personas, es de poca ayuda si no se tiene una concepción previa de cuál es el significado de dignidad y de cuál es su valor normativo.

En cualquier caso, sea cual sea el grado de dificultad en la reconstrucción del significado de dignidad, parece claro el importante papel que desempeña en la conformación institucional de una sociedad. Si la dignidad está conectada con el respeto, entonces son válidas las palabras de Rawls para ejemplificar este punto y junto a ella, observar de qué manera los castigos avergonzantes afectan a una propiedad primaria de todo individuo y de toda sociedad:

(35) ELSTER, Jon: *Economics, op. cit.*, p. 126. Este punto me fue sugerido por Ruth Zimmerling.

(36) Como exponente del reconocimiento de este principio en una sociedad justa puede citarse a John Rawls: «... El autorrespeto y una segura confianza en el sentido de la propia consideración constituyen tal vez los más importantes bienes primarios». RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978 [1971]. Trad. de M.^a Dolores González, pp. 208 y 438. Véase también FERNÁNDEZ, Eusebio: «Dignidad y derechos humanos», en Soriano Díaz, Ramón-Alarcón Cabrera y Carlos-Mora Molina, Juan: *Diccionario crítico de derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, 2000, pp. 89-96. Una visión escéptica acerca de la función de este concepto puede verse en HOERSTER, Norbert: «Acerca del significado del principio de dignidad humana», en *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 91 ss.

«... Es claramente racional para los hombres asegurarse el respeto a sí mismos. Es necesario tener un sentido de su propio valor si es que se ha de perseguir una concepción del bien con satisfacción y sintiendo placer en su realización... Ahora bien, el respeto que tenemos por nosotros mismos depende normalmente del respeto por los demás. Si no sentimos que nuestros esfuerzos son respetados por ellos, es difícil, si no imposible, que mantengamos la convicción de que nuestros objetivos merecen ser promovidos... Más aun, se puede asumir que aquellos que se respetan a sí mismos respetarán probablemente a los demás y a la inversa. El desprecio por uno mismo conduce al desprecio de los demás.» (37).

En lo que sigue, trataré de circunscribir mi interés a un punto de la cuestión: ¿constituyen los castigos avergonzantes una afrenta a la dignidad humana? Para ello, adoptaré un concepto que permita de manera razonable decir que, si se acepta esa noción de «dignidad», entonces los castigos avergonzantes serían injustificables moral y constitucionalmente (art. 10 de la Constitución Española). Y si esto es así, los castigos avergonzantes, a pesar de su supuesta eficacia, de su menor coste económico, o de que sean moralizantes, parece que no deberían ser restablecidos.

Dworkin distingue entre dos teorías de la dignidad, una basada en experiencias y otra basada en intereses críticos (38), y que según sea el caso pueden entrar en contradicción. Según la primera, algunos actos podrían considerarse indignos en la medida en que son contrarios a nuestros intereses de experiencia, esto es, cuando esos actos causan en la víctima un determinado sufrimiento físico o mental. En virtud de esta concepción, la calificación de un acto como indigno dependería básicamente de la percepción subjetiva del propio individuo que lo padece. Si se adopta esta concepción de la dignidad, entonces se debería concluir que, a la luz de las elecciones que llevan a cabo los condenados, las medidas avergonzantes no serían indignas (o al menos más indignas que la cárcel) ya que son preferidas por aquellos. Este es el punto de vista de Kahan (39).

El problema de esta concepción es que lleva a un resultado difícil de aceptar: ciertas personas (enfermos terminales, incapacita-

(37) RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, *op. cit.* p. 208

(38) DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1996. Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, pp. 306 ss.

(39) KAHAN, Dan: «What Do Alternative Sanctions Mean?», *op. cit.*

dos o dementes) pueden no tener conciencia del daño (físico o mental) que sufren, porque han perdido la capacidad de reconocer o de percibir la indignidad de ciertos actos (40). La concepción de la dignidad basada en experiencias es deficiente porque no ofrece una explicación coherente a nuestras intuiciones y prácticas de que incluso las personas que no perciben un daño conservan la dignidad y, por ello, retienen el derecho a obtener un respeto de los demás. Salvando las distancias con los ejemplos que pone Dworkin, podría decirse que algunos condenados pueden haber perdido también una cierta capacidad de reconocer la indignidad de los castigos avergonzantes (41).

Por ello, Dworkin sostiene la validez de una teoría de la dignidad basada en los intereses críticos, «relativos al carácter y al valor de nuestras vidas consideradas como un todo» (42). En esta versión de la dignidad, hay una íntima vinculación entre una cierta concepción del valor intrínseco de la vida humana y los intereses críticos en el sentido de que el valor de la vida humana es independiente de las experiencias de la persona como también de la percepción de las mismas. Esta noción de dignidad está íntimamente relacionada con la idea de un agente moral merecedor de ser respetado. Ésta es una propiedad poseída igualmente por todos los seres humanos (43).

La afección al valor de la dignidad humana no depende así de la percepción del daño que tiene la víctima. Por esta misma razón, esta noción de dignidad implica que el cuidado o protección de la propia dignidad no sólo compromete al mismo individuo sino a la comunidad. La dignidad es más bien un valor protegible públicamente. Un individuo que con acciones propias afecte su dignidad rechaza un sentido de la vida humana que va más allá de su auto-

(40) DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, op. cit., p. 307.

(41) Un caso interesante en el que la solución variaba según la teoría de la dignidad que se adoptara, fue el que resolvió el *Conseil d'État* francés cuando se revocaron las sentencias de los tribunales administrativos de Versalles y Marsella referidas a la práctica de «lanzamiento de enanos». Esta consistía en un juego en el que los enanos eran lanzados por otras personas (con su consentimiento y siendo retribuidos) y ganaba aquel individuo que los lanzaba más lejos. El *Conseil* decidió que era una afrenta a la dignidad humana. FELDMAN, David: «Human Dignity as a Legal Value»: *Public Law*, winter 1999, p. 701.

(42) DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida*, op. cit., p. 308.

(43) Ver RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp. 208 y 438. MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997. Trad. de Carme Castells, p. 61.

determinación o autonomía. En esta misma línea, esta versión da una precisa explicación de por qué, desde nuestras intuiciones básicas compartidas, la indignidad que no se percibe es peor que la percibida.

Pero ¿son los castigos avergonzantes una afrenta a la dignidad humana en este segundo sentido? Voy a sostener que sí porque degradan al condenado (44). El avergonzamiento es una forma típica de estigmatización. Las víctimas de un estigma aparecen en su entorno como portadores de una etiqueta que los trata como seres degradados. Y la idea de degradación choca frontalmente con la noción de que las personas deben ser tratadas con igual consideración y respeto, ya que eso es un elemento necesario de una vida humana digna (45).

En las medidas avergonzantes, la relación con la degradación es conceptual en el sentido de que, por definición, la vergüenza está ligada con la degradación, la subordinación o el escarnio del individuo avergonzado. La provocación de la vergüenza constituye un daño, pues supone tratar a una persona como inferior, rebajada o excluida respecto del grupo al que pertenece (46).

Con el establecimiento de estas medidas el Estado coloca al individuo en una situación que en circunstancias comunes (en esa sociedad) provocaría vergüenza a un ciudadano *normal* (47). Cuando el avergonzamiento es ejecutado por la sociedad a instancia del Estado, cuando éste se desarrolla de acuerdo a un ritual que comienza con la sentencia judicial y continúa con un proceso social en el que interviene el grupo cercano a la víctima su resultado es una afección a la dignidad, al margen de su incidencia en otros bienes, como la estima o la reputación. Con el establecimiento de un castigo avergonzante el Estado impone un resultado degradante

(44) En la Constitución española el artículo 15 establece: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes».

(45) Ver MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, *op. cit.*

(46) ANOLLI, Luigi: *La vergogna*, *op. cit.*, p. Ver también VON HIRSCH, Andrew: *Censurar y castigar*, *op. cit.*, p. 133.

(47) Con esto quiero decir que puede haber casos en los que el individuo condenado que sufre este tipo de procesos no sienta el resultado esperado. Pero es un caso similar al del reo que al ser encarcelado no ve en ello una afección a sus intereses. Lo que define al castigo es la afección a un bien que en circunstancias normales es considerado valioso por la sociedad, con independencia de que haya excepciones, esto es, individuos a los que, por ejemplo, estar en prisión no les parece un daño sino un beneficio o un placer.

para el condenado. Y cuando esto sucede el bien que se afecta no es uno de segunda categoría, sino un bien básico del individuo y de una sociedad bien ordenada.

Esto distingue conceptualmente a los castigos avergonzantes de otro tipo de penas como la cárcel. No es que en circunstancias particulares la cárcel no constituya un trato vejatorio y degradante, sino que en la sanción carcelaria la conexión con la degradación no es conceptual sino contingente. Esto exige distinguir entre la cárcel como institución y la situación concreta y determinada de la cárcel en una sociedad. Desde este último punto de vista, se puede aceptar que la cárcel es en muchas sociedades estigmatizante y degradante para los reos (48). Es sabido que las condiciones de vida y el tratamiento que en ocasiones sufren los presos dentro de los muros carcelarios son tan duros y penosos que distan mucho de estar en los parámetros que exige el respeto a la dignidad humana. Esta situación puede estar originada en las exiguas dotaciones presupuestarias que tienen las instituciones carcelarias, en la cultura que tienen los funcionarios de instituciones penitenciarias respecto del trato con los reos o en otras diversas circunstancias. Pero parece que en el diseño de la sanción carcelaria el resultado buscado es la privación de la libertad y no la degradación del reo (49). Tal no es el caso de las sanciones avergonzantes.

Los comportamientos avergonzantes que pueden tener algunos individuos o una sociedad con relación a un individuo o clase de individuos (por ej.: debido a su etnia, raza, religión o a cualquier rasgo físico) convierten a esa colectividad en una sociedad incivilizada. Pero cuando la vergüenza es practicada institucionalmente nos encontramos en un escenario moralmente distinto porque atañe a la organización social en su conjunto. Por esta razón, Margalit califica de indecente a una sociedad que institucionalmente degrada a sus individuos (50). Tal sería el caso de una sociedad que estableciera las sanciones avergonzantes.

(48) Prueba de ello es que los antecedentes penales suelen ser secretos porque precisamente el conocimiento de estos hechos son estigmatizantes para los individuos.

(49) Ver también POSNER, Eric: *Law and Social Norms*, op. cit., p. 96: «Aunque la cárcel pueda producir un estigma similar, este no es su único propósito... Es mejor pensar que la estigmatización que produce la cárcel es un efecto colateral e inevitable...». No obstante discrepo de la primera parte del texto citado porque parece aceptar que la estigmatización es un propósito de la sanción carcelaria.

(50) MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, op. cit., p. 15.

En este trabajo he expuesto cuáles son los principales argumentos a favor del establecimiento de las medidas avergonzantes. He incidido en lo que considero son sus tesis principales. En comparación con la cárcel, se aducía que las medidas avergonzantes serían un medio más eficaz de expresión de la desaprobación moral de la sociedad, serían más económicas y desde el punto de vista de los propios condenados también serían menos gravosas. Los dos primeros argumentos constituyen un serio desafío. Sin embargo, desde un punto de vista moral (y constitucional) su fuerza está subordinada a que los castigos avergonzantes superen el test del respeto a la dignidad humana. He tratado de mostrar que estas medidas no superan esa prueba y que, por lo tanto, su alcance justificatorio amparado en su mayor carácter expresivo y su eficiencia económica, decae al afectar directamente a un principio fundamental de una sociedad que pretenda guardar igual respeto a todos sus miembros.

Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico) (*)

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. ¿Deberes de solidaridad en un Derecho penal liberal?—II. La omisión en el Derecho penal nacionalsocialista. Razones de un estudio histórico.—III. «Gemeinnutz geht vor eigennutz». Individuo y comunidad en el Derecho penal nacionalsocialista. 1. Omisión de socorro y nacionalsocialismo. Aproximación introductoria. 2. La imagen del liberalismo en el nacionalsocialismo. 3. El sometimiento del individuo a la comunidad. 4. Derecho y moral. 5. Concepto del delito. 6. Finalidad del Estado y del Derecho penal.—IV. La omisión de socorro en el Derecho penal nacionalsocialista. 1. La omisión a la luz del pensamiento de la comunidad. 2. La nueva regulación de la omisión al deber de socorro. a) Fundamento. b) Interés protegido. c) Contenido del deber. El «sano sentimiento del pueblo» como elemento típico.

(*) La realización de este trabajo se enmarca en un Proyecto de investigación becado por la Comunidad de Madrid.

Abreviaturas utilizadas: ARSP: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*; AT: *Allgemeiner Teil*; DStR: *Deutsches Strafrecht*; FS: *Festschrift*; GA: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*; Jura: *Juristische Ausbildung*; JuS: *Juristische Schulung*; JW: *Juristische Wochenschrift*; JZ: *Juristen Zeitung*; KritV: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*; NJW: *Neue juristische Wochenschrift*; PG: *Parte General*; StGB: *Strafgesetzbuch*. ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

I. INTRODUCCIÓN. ¿DEBERES DE SOLIDARIDAD EN UN DERECHO PENAL LIBERAL?

En un Derecho penal conformado en torno al postulado liberal de la prioridad de la libertad personal, tal como es el paradigma de legitimación (1) actualmente vigente en la discusión político-criminal (2), la reducción de la libertad de actuar del ciudadano se conforma a partir de *deberes negativos*, esto es, de obligaciones de no generar daño en esferas ajenas de libertad (3). Los deberes jurídicos del ciudadano quedan circunscritos esencialmente a la no actuación contra intereses ajenos, y no a la mejora y protección de los mismos. La prioridad de la *autonomía personal*, piedra angular del liberalismo político, implica que el ámbito interno de organización del ciudadano es de su exclusiva competencia, por lo que, si bien no está legitimado para inmiscuirse en la autonomía personal de otro ciudadano para dañar sus intereses y menoscabar su esfera de libertad, tampoco está, inversamente, obligado a extender su actuación a un ámbito externo de organización para mejorar la situación de los intereses ajenos y, con ello, aumentar su esfera de libertad (4).

Esta conclusión, por lo demás, trasciende el marco de discusión jurídico-penal, afectando a todo el espectro de deberes éticos o políticos de naturaleza *pública*. Desde los presupuestos de organización social que conforman la imagen de una sociedad liberal, en virtud del criterio contrafáctico del contrato social, los ciudadanos sacrifican un margen de su libertad en aras de aumentar la libertad de to-

(1) Esto es, no el Derecho penal que es, sino la imagen legitimatoria del Derecho penal conformada en torno a determinados principios axiológicos.

(2) Así como, en general, en la filosofía moral y política, tal y como resalta BAYERTZ, *Four Uses of «Solidarity»*, en el mismo (editor), *Solidarity*, Dordrecht *et al.*, 1999, pp. 3 ss., p. 4.

(3) *Vid.*, por ejemplo, ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 30; PAPA-GEORGIU, *Schaden und Strafe*, 1989, p. 209; BAYERTZ, *Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität*. Rechtstheoretische Hefte, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, p. 9; SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid 1999, p. 156.

(4) *Cfr.*, en igual sentido, DENNINGER, *Verfassungsrecht und Solidarität*, KritV 77 (1994), p. 19; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 347 ss., p. 349, citando a Feuerbach; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª edición, 2001, 6/18.

dos, estableciendo esquemas de organización a partir de la separación de esferas personales de autonomía, separación que habrá de ser protegida por el Estado, garante de la seguridad de los intereses del ciudadano (5). En tanto seres racionales autointeresados en su propia libertad (6), no estarían dispuestos, en principio, a acordar la institucionalización de un deber general de actuar a favor de la maximización de la libertad ajena, el cual exigiría un plus de sacrificio de libertad mayor que la obligación originaria del *neminem laedere*, sacrificio de su autonomía que no repercutiría en un aumento de ese saldo de libertad (7), por lo que no lo encontrarían racional (8).

Poniendo el acento en la libertad negativa (9), destaca además Bayertz que desde los parámetros liberales «la existencia de otros sujetos y de una sociedad con sus instituciones aparece como una (potencial) amenaza de la autonomía y autodeterminación del indi-

(5) Vid. PAWLIK, *Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeit, Begründung und systematische Struktur*, GA 1995, pp. 360 ss., p. 360.

(6) Tal es la imagen normativa del ciudadano en una sociedad liberal: cfr. por ejemplo BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, en Baumann/Kliemt (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, München, 1996, pp. 109 ss.

(7) La mayor limitación de libertad que conlleva el mandato de actuar frente a la prohibición —y que a mi entender no alcanza a los supuestos en los que el deber de actuar surge como restablecimiento del control del riesgo surgido de la propia esfera de autonomía: comisión por omisión— (y por ello, la menor gravedad ética y jurídica de una omisión frente a una acción lesiva) es habitualmente destacada: cfr., por ejemplo, DENNINGER, *KritV 77* (1994), p. 10; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 316; ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 48; BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart, 1995, pp. 9 ss. (obra dedicada a analizar el «elemento universal y asentado de nuestros juicios morales» consistente en asumir que acción y omisión deben recibir un distinto juicio de desvalor); ALEXANDER, *Affirmative Duties and the Limits of Self-Sacrifice*, *Law & Philosophy* 1996, pp. 65 ss., pp. 65-66.

(8) Por lo demás, la realización de lo exigido por un deber positivo implica siempre una intromisión en un ámbito de libertad ajeno, lo cual conlleva un sacrificio añadido para el obligado: ciertamente, dado que persigue un fin beneficioso para el afectado, puede presuponerse el consentimiento por parte de éste, pero el obligado, además del sacrificio inherente a actuar, contraerá el *riesgo del error*, tanto respecto de una maniobra de ayuda mal realizada, como del consentimiento del afectado; riesgo de error que se materializa en el riesgo de vulnerar el deber negativo de no dañar la libertad ajena, y ser por ello castigado. Ello es mencionado en términos similares por NUNNER-WINKLER, *Kollektive, individuelle und solidarische (fürsorgliche) Verantwortung*, en Lampe (editor), *Verantwortlichkeit und Recht*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo 14, 1989, pp. 169 ss., p. 184.

(9) Sobre los conceptos de libertad negativa y positiva, cfr. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, 1996, pp. 191 ss.

viduo» (10). Sabido es que, de hecho, las primeras formulaciones de la noción de autonomía privada o libertad negativa, engendradas en el seno y como reacción al Estado absolutista, fueron concebidas precisamente como esferas de libertad *frente* al poder estatal, como límites a la intervención del Estado sobre la actuación de los súbditos (11). Y que, en la actualidad, el fundamento de los derechos fundamentales puede reconducirse a esa idea (12). Por ello, «exigencias de actuar poseerán siempre, de cara al individuo, la sospecha de heteronomía, cuando no de despotismo» (13).

En consecuencia, desde una comprensión liberal de las relaciones entre el individuo y la sociedad o el Estado, los únicos deberes de actuar que obtendrían, *prima facie*, legitimación serían los deberes positivos *especiales*, por cuanto, aunque pudieran entenderse como basados en consideraciones de «solidaridad intensificada» (14), el vínculo del agente con la persona objeto de la solidaridad podría reconducirse —y sólo en esa medida podría justificarse— a la decisión libre de aquél, ya sea en virtud de una relación contractual, ya por una vinculación intersubjetiva específica, adquirida por medio de la adopción de determinado rol social —normalmente institucionalizado (15)—. Los deberes positivos *generales*, derivados de la vinculación del ciudadano a la sociedad en cuanto mero miembro de ésta, estarían, en cambio, fuera de la agenda política del liberalismo (16).

(10) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 9.

(11) La obra fundamental en este aspecto, como es sabido, es la de MILL, *Sobre la libertad*, Madrid, 1997, cuyo objeto es «La naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo» (p. 57).

(12) Vid. por ejemplo DENNINGER, *Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung*, JZ 1975, p. 545.

(13) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 9.

(14) SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, p. 156.

(15) En sentido similar, BAYERTZ, *Solidarität*, p. 10; BENDITT, *Liability for failing to rescue*, Law & Philosophy 1982, pp. 391 ss., p. 394; ALEXANDER, Law & Philosophy 1996, pp. 65 ss., p. 67. Vid. también JAKOBS, *La competencia por organización*, pp. 348, 362 ss.: *status especial* en el que se basa la competencia *institucional*.

(16) Como es sabido, la relevancia de deberes de solidaridad en Derecho penal no se agota en los deberes activos (omisión), sino que se extiende también a los deberes *pasivos* de soportar el riesgo proveniente de acciones de terceros justificadas por el Derecho (estado de necesidad agresivo). En este trabajo limitaré mi atención a los primeros, sin que ello obste a que lo que se afirme sobre la solidaridad pueda, *mutatis mutandis*, aplicarse a los segundos.

Expresado sintéticamente, puede hablarse de una tensión dialéctica entre la autonomía personal, axioma indubitado de nuestro ideario político y jurídico, y la solidaridad (17); tensión de la que difícilmente puede llegarse a una síntesis: «La idea de la solidaridad no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios en favor de la comunidad u otros individuos» (18). Por todo ello, «no es susceptible de ser interpretada como una conceptualización teórico-política y social de la autonomía individual» (19). Desde el paradigma liberal de legitimación de instituciones públicas –como el Derecho–, los *deberes positivos generales* sólo podrían aspirar, entonces, a una legitimación precaria, marginal y, en cualquier caso, *excepcional* en el ámbito público del Derecho, quedando relegados, por lo general, al ámbito *privado* de las virtudes morales (20) –merecedoras de alabanza por su realización, pero no de reproche por su defraudación (21)–, las cuales, no fundamentables en la «ley general de la libertad» kantiana, no pueden promocionarse por el Estado sin vulnerar la exigencia de neutralidad y de estricta *separación entre Derecho y moral* que caracteriza al Derecho en el Estado liberal.

El presupuesto implícito presente en las consideraciones anteriores es el de que el grado de legitimación de los deberes positivos y, más en general, la forma que adopten esas relaciones entre la autonomía y la solidaridad, va a depender de cómo se planteen las relaciones entre el individuo y la sociedad (22). Parece, entonces, que

(17) De modo similar, CAPALDI, *What's wrong with solidarity?*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität*. Rechtstphilosophische Hefte, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, p. 65.

(18) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 10.

(19) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 9.

(20) Cfr., por ejemplo, SEELMANN, *Solidaritätspflichten im Strafrecht?*, en Jung *et al.* (editores), *Recht und moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden Baden 1991, pp. 295, p. 295 ss.

(21) NUNNER-WINKLER, *Kollektive, individuelle und solidarische (fürsorgliche) Verantwortung*, p. 171.

(22) Cfr., por ejemplo, SAMSON, *Begehung und Unterlassen*, Festschrift für Welzel, Berlin, 1974, p. 595: «Las prohibiciones surgen del pensamiento individualista, mientras que los mandatos determinan el ámbito del deber de solidaridad mutua. No cabe duda de que la amplitud de esos deberes va a depender de las variaciones acerca de la concepción dominante acerca de las relaciones entre el individuo y la sociedad». No es momento para desarrollarlo, pero es importante des-

la alternativa para obtener una mayor base de legitimación de esos deberes pasa por acoger una concepción filosófico-política que postule un distinto orden axiológico entre ambos factores, otorgando mayor relevancia a la colectividad en inevitable detrimento, por tanto, del grado de autonomía personal. Tal modelo alternativo puede ser el del *comunitarismo*, que de unos años a esta parte se ha erigido, de hecho, en la teoría política y social alternativa al liberalismo, siendo precisamente uno de los aspectos más destacados del debate el del grado de compromiso del individuo con la comunidad en la que vive (23). A este respecto, merece destacarse el hecho de que la noción misma de *solidaridad* remite directamente a los lazos comunitarios entre los individuos. Por ello precisamente puede, incluso semánticamente, considerarse casi como un antónimo de la idea de *autonomía*. El término «solidaridad» remite a una «comunidad de perfecta coincidencia de intereses» (24); a la

tacar que no todos los deberes de actuar se fundan en deberes de solidaridad, sino que los mandatos que subyacen al delito de comisión por omisión (ello cuando no se sostenga, como hace algún sector doctrinal, que lo que hay son prohibiciones) han de reconducirse al principio de responsabilidad por la propia organización y, por tanto, pueden fundarse perfectamente en la autonomía privada. Quien acoja la distinción de Jakobs entre deberes por competencia por organización y deberes por competencia institucional, habría de llegar a la conclusión de que sólo *algunos* de los delitos realizados en comisión por omisión se basan en una responsabilidad derivada del *neminen laedere* y de la autonomía personal y que, en cambio, otros obtienen el fundamento de su responsabilidad en virtud de *deberes especiales* derivados de instituciones sociales que determinan roles (cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª edición, 1991, 29/29 ss.; el mismo, *La competencia por organización, passim*). La cuestión es que –si bien la formulación de la distinción me parece muy acertada– a mi entender sólo la estructura de imputación basada en la responsabilidad por la propia organización fundamenta una *identidad* con el delito comisivo que permita hablar de verdaderos delitos de *comisión* por omisión. En suma, la solidaridad, si bien puede fundar deberes positivos legítimos (singularmente los deberes especiales) nunca puede fundar una imputación idéntica a la del delito comisivo, por el hecho de que su fundamento de imputación es distinto y, de hecho, opuesto. Idéntica conclusión, por ejemplo, en SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, pp. 156 s.

(23) Sobre el debate entre comunitaristas y liberales, destacando algunas de sus implicaciones para la discusión acerca de los fines del Derecho penal, remito a ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, ADPCP 1998, *passim*.

(24) Vid. ENGELHARDT, *Solidarity: Post-modern perspectives*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität. Rechtstphilosophische Hefte*, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, pp. 49 ss., p. 51, expresándose, evidentemente, sobre su equivalente inglés, de idéntica etimología en todo caso.

creación de un mundo en común. Dicho significado aparece de forma más elocuente desde la palabra alemana *Verbundenheit*, que denota inmediatamente la referencia al vínculo.

Al hilo de estas consideraciones, quizá sea un buen momento para introducir una definición, siquiera estipulativa, de «solidaridad»; me serviré para ello de la ofrecida por Engelhardt (25): La noción de «solidaridad es empleada para destacar un compromiso hacia una asociación, grupo, comunidad o *polis*, o hacia la humanidad como un todo, cuyo carácter hace que los individuos unidos en solidaridad: 1) se identifiquen tanto con el grupo como un todo, como 2) con los miembros del grupo de modo tal que con ese compromiso se represente a sí mismo como parte de ese todo. La solidaridad denota un vínculo de unión que evoca la noción de sacrificio. Debido a ese vínculo, que constituye la base para la solidaridad, aquellos involucrados se consideran en la obligación de sacrificar sus ventajas 3) por el bien del grupo y 4) por el bien de los miembros del grupo». No es preciso que se den todos estos elementos, aclara el autor citado, para estar ante un vínculo de solidaridad, sino que el mayor o menor número de ellos operará como factor de un mayor o menor grado de solidaridad.

Como puede apreciarse, a la noción de solidaridad le es inherente la relevancia del grupo, de la comunidad —ya sea la familia nuclear, ya sea una nación entera, etc.—, y el grado de «comunitarización» del individuo en la misma, así como, en consecuencia, un compromiso hacia el bien de la comunidad de pertenencia, que, de cara a los intereses individuales, significará inevitablemente un grado de sacrificio de la libertad y autonomía personal. Siendo ello así, parece que la conclusión será la que ya anticipábamos: que para fundar deberes de solidaridad, máxime en Derecho penal, tendremos que asumir un cierto grado de «comunitarismo» entre los criterios de legitimación de las instituciones públicas reguladoras de la vida social, dado que en ese modelo social las relaciones entre autonomía y solidaridad parten del inverso presupuesto axiológico, por lo que la disposición de los ciudadanos a sacrificar su libertad en aras del bien común aparece como condición misma de la pervivencia de la comunidad. Como afirma Habermas, «la pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va mucho

(25) ENGELHARDT, *Solidarity*, p. 52.

más allá del sentido que cabe a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente : “cada miembro reconoce una lealtad a su comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad”» (26).

En otras palabras, y como gráficamente se ha afirmado, para la fundamentación de deberes positivos generales será preciso incorporar «en la “sociedad” un cierto grado de “comunidad”» (27). Ello implicaría, en principio, que uno de los fines de la organización social por parte del Estado habrá de ser, en mayor o menor medida y junto a la protección de la esfera de libertad individual, el de fomentar los vínculos que conforman la sensación de pertenencia a la comunidad. Desde esa aseveración, podríamos llegar a otra conclusión más ceñida al cometido de este trabajo: que el fundamento del delito de la omisión al deber de socorro –en cuanto prototipo de los deberes generales de solidaridad en Derecho penal– habría de ser el de la protección de la «conciencia de comunidad»; esto es, el de mantener o fomentar los vínculos de pertenencia a la misma. Ello no sería distinto, en realidad, de lo que viene formulando un sector doctrinal cuando entiende que lo protegido es la «solidaridad» en cuanto tal (28).

(26) HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, 1998, p. 641. El entrecomillado corresponde a una cita de Miller.

(27) PAWLIK, GA 1995, p. 361.

(28) Contra esta postura se manifiesta, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión pura y la comisión por omisión*, p. 158, afirmando que «la solidaridad no es un bien jurídico», sino que «el vínculo de solidaridad conforma, por el contrario, una estructura de imputación de responsabilidad». No es momento de entrar a discutir sobre cuál haya de ser el bien jurídico del delito de omisión al deber de socorro. Si menciono la concepción de Silva –la cual, de hecho, comparto– es porque no me queda claro si cuando afirma que la solidaridad no es un bien jurídico está formulando una constatación de hecho o una proposición valorativa; esto es, si considera que la solidaridad no puede ser un bien jurídico por motivos estructurales u ontológicos, o si, en cambio, no *debe* serlo desde una determinada concepción ética o político-criminal. A mi modo de ver, no creo que haya obstáculos a asumir la «solidaridad» como objeto de protección –poseyendo entonces similar estructura que los llamados *Klimadelikte* o, en general, que aquellos bajo los que se protegen estados cognitivos o afectivos macrosociales (ejemplo: la falta de maltrato a los animales)– si se entiende, como se plantea en el texto, como la conciencia social de pertenencia a la comunidad. Otra cosa es que, desde un plano axiológico –que remite a la discusión ideológica que se está presentando en el texto– se considere legítimo erigir a la solidaridad como interés inmediato, o único, de protección.

No obstante, al menos esta última conclusión podría ser precipitada. Hasta el momento hemos presentado el pensamiento de la autonomía y el pensamiento de la solidaridad –los cuales, y creo que sin riesgo de tergiversación, pueden sencillamente denominarse liberalismo y comunitarismo– como dos alternativas irreconciliables. Ello ha sido realizado de manera consciente, al presentar únicamente un esquema, incompleto como todos los esquemas, del liberalismo, con el único fin de destacar la dificultad de la compatibilización política y jurídica entre autonomía y solidaridad, y, por ello, la ausencia de base sólida en la fundamentación de los deberes positivos de socorro. Sin negar la realidad de esa tensión, no puede dejarse de destacar, de una parte, que existen, y se han ensayado, posibilidades argumentativas de incorporar en la doctrina liberal de los derechos personales el pensamiento de la solidaridad (29), así como también se ha pretendido fundar en la base del Estado social que define –todavía en un plano normativo, cada vez menos en uno fáctico– las democracias europeas actuales (30). Pues bien, dado que, como hemos visto, la solidaridad admite grados de intensidad, y que ese grado depende de cómo se establezcan la vinculación entre el individuo y el grupo, las relaciones dialécticas entre autonomía y solidaridad –o entre liberalismo y comunitarismo– también habrían de poder ser graduales (31), admitiendo un espectro de posibilidades de legitimación entre la «comunitarización» y la «socialización» extrema de la organización social.

De cara a una más clara comprensión de los polos de la discusión, quizá sea conveniente introducir al margen dos pares de con-

(29) Sobre algunos intentos en esa dirección puede verse SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 298 ss.

(30) *Vid.*, por ejemplo, PANKOKE, *Grenzen der Solidarität*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität*. Rechtstphilosophische Hefte, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, pp. 87 ss.

(31) Prueba de ello es que, después de una época de enfrentamiento sin tregua entre liberales y comunitaristas, la tendencia actual se dirige, después de haber solventado algunos errores mutuos de método y después de mutuas concesiones de contenido, hacia la búsqueda de los aspectos que puedan ser objeto de reconciliación o, al menos, al modo de la figura del «consenso por superposición» rawlsiana, que pueden ser igualmente legitimadas desde ambas perspectivas. Un panorama reciente de la discusión aporta FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1994, *passim*, obra con el significativo subtítulo de *Politische Gerechtigkeit jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*.

ceptos esenciales en la sociología clásica, que suelen ser manejados en la discusión acerca de la solidaridad. De una parte, como modelos ideales pueden ser de utilidad el binomio introducido por Tönnies entre «sociedad» y «comunidad» (32). Ambas determinan dos modelos teóricos de asociación entre individuos cuyas diferencias, muy brevemente expresadas, son las siguientes. La «comunidad» se origina a partir de una «voluntad orgánica» basada en la identificación de los afectos, convicciones morales y tradiciones del grupo, integrándolos en un todo homogéneo. Ese horizonte valorativo compartido opera como un factor de cohesión que va reproduciéndose a medida que las convicciones y creencias que dan identidad a la comunidad se perpetúan en sus miembros, asumiéndolos como pautas vinculantes de actuación. La «sociedad», en cambio, surge a partir de lo que Tönnies denomina la «voluntad reflexiva» conformándose no por vínculos previos de valores y tradiciones, sino por criterios externos de racionalidad instrumental, basados en el interés de cada asociado en llegar a acuerdos vinculantes para asegurar la protección de sus bienes frente a otros individuos (33).

De otra parte, y a partir de similares presupuestos, es importante la diferenciación que efectúa Max Weber (34) entre la *Vergemeinschaftung* y la *Vergesellschaftung* (35). Bajo el primer término debe

(32) En su conocida obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). DENNINGER, KritV 77 (1994), p. 10, sostiene que el empleo de ese par de conceptos, así como en general el análisis de la solidaridad en Derecho desde la discusión entre el liberalismo y el comunitarismo, conlleva el peligro de simplificar la discusión. Es indudable que la amplitud semántica de la noción «solidaridad», así como los muy diversos puntos de vista posibles desde donde enfocarla, hacen que centrar la discusión exclusivamente en esa dicotomía no alcance a abarcar toda la problemática inherente al concepto. Pero ello no obsta, a mi entender, a que la oposición filosófico-política entre el liberalismo y el comunitarismo sea adecuada para destacar *algunos* de los aspectos esenciales de esa problemática, precisamente los más vinculados al Derecho penal, dada la directa relevancia que tiene en el mismo todo lo relativo a los límites entre el individuo y el Estado, en comparación con otros aspectos también reconducibles a la discusión sobre la solidaridad como la «solidaridad entre los pueblos» o la solidaridad con los más desaventajados económicamente; aspectos en los que la oposición entre liberalismo y comunitarismo pueda tener menor —en absoluto ninguna— relevancia.

(33) Para indicaciones bibliográficas y un mayor desarrollo de los conceptos de Tönnies, remito a ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 1998.

(34) MAX WEBER, *Economía y sociedad*, Méjico, 1993, pp. 45 ss., destacando expresamente la proximidad a las tesis de Tönnies.

(35) Vertidas al castellano por el traductor de la citada obra como «comunidad» y «sociedad».

entenderse «una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social [...] se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo»; la «sociedad», por su parte, se dará «cuando y en la medida en que la orientación de la acción social se inspira en una compensación de intereses por motivos racionales (de fines o de valor) o también en una unión de intereses con igual motivación».

Esta oposición, por cierto, muestra otro aspecto esencial de la discusión acerca de la legitimación de deberes de solidaridad, que no ha sido destacado en el texto. De una parte, las dificultades de fundamentación desde posturas liberales vienen dadas también por un componente metodológico, consistente en el hecho de que la teoría ética del liberalismo ilustrado, así como las actuales concepciones neocontractualistas, ha partido siempre de un *cognitivism* ético, y, por ello, de una fundamentación *racional* de los principios de justicia. En cambio, como vemos, la orientación a la acción en las relaciones sociales de comunidad —que es el caldo de cultivo de la solidaridad— parten de una base *irracional*, basada en el afecto o la tradición, que, en cuanto tal, se asume irreflexiva y acríticamente (36). Y es por esa razón que los deberes de solidaridad suelen relegarse al ámbito de las virtudes privadas: por cuanto presupuesto del contractualismo ético y político es que sólo pueden elevarse a principios *públicos* de justicia obligatorios para todos aquellas convicciones morales que puedan ser, en cuanto racionales para todos los contratantes, intersubjetivamente acordadas. Las convicciones privadas, basadas en afectos, tradiciones, etc., son inconmensurables y no sujetas a legitimación intersubjetiva, por tanto.

La cuestión esencial a responder, entonces —y aquí no se ha dado respuesta a nada, ni va a intentarse—, será si la inclusión de deberes generales de solidaridad en un Derecho penal esencialmente liberal precisa de la introducción de ese «cuerpo extraño» que es el comunitarismo, y en qué grado, o si, en cambio, dentro del mismo arsenal axiológico del liberalismo, puede extraerse una fundamentación de dichos deberes, sin que ello implique, a la vez, «comunitarizar» el liberalismo hasta el punto de hacerle perder sus perfiles y, lo que es más importante, admitir desde dentro del mismo una relativización del rango axiológico de la autonomía per-

(36) Por lo demás, el componente de irracionalización presente en la doctrina comunitarista no ha dejado de ser destacado por sus críticos. Cfr., por ejemplo, NINO, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, 1989, p. 167.

sonal (37). A este respecto, recordemos la definición de solidaridad que hemos manejado. En ella, la vinculación del individuo y, por tanto, la obligación de actuar se podía formular de dos formas distintas: o bien con la comunidad en cuanto tal (números 1 y 3), o bien con los individuos de esa comunidad (números 2 y 4). Pues bien, a mi entender, según se ponga el acento en una u otra, distintos serán los criterios de legitimación. Así, si se parte de la vinculación del individuo con la comunidad por sí misma, estaremos asumiendo un mayor grado de «comunitarismo» y, por ello, más lejana aparecerá su compatibilidad con la autonomía privada (38); inversamente, si el vínculo de solidaridad lo ceñimos a las relaciones interpersonales, renunciando a concepciones holistas de lo social, más factible resultará la fundamentación de los deberes de socorro con el liberalismo, siquiera sea por cuanto el fin de la solidaridad será, no el «bien de la comunidad», sino el de maximizar la libertad de los demás individuos, lo que, a su vez, puede admitir en mayor medida una fundamentación racional basada en relaciones de reciprocidad en los intereses y expectativas mutuas de acción (39).

(37) Para todo ello, evidentemente, tendríamos que definir con anterioridad qué ha de entenderse por liberalismo –del que aquí no se ha presentado sino su «esqueleto», por expresarlo en esos términos– en la actualidad, en qué se separa del primer liberalismo y qué grado de «comunitarización» ha sufrido desde entonces o puede admitir sin perder los perfiles que lo definen. O bien, desde otra perspectiva, sería preciso un análisis más detallado de cuáles son los fundamentos axiológicos que definen ese paradigma de legitimación del Derecho penal. Por ejemplo, es indudable que la asunción de un Estado *social*, junto al democrático de Derecho, implica ya una cierta «comunitarización», si bien lo que no está tan claro es cómo responder a la cuestión de hasta qué punto –y por mucho que tales sean los presupuestos del ordenamiento jurídico *en su conjunto*– esa faceta de lo «social» debe erigirse en presupuesto valorativo de la política criminal, y en qué grado debe hacerse.

(38) Una acertada exposición de los aspectos que conforman esa «*gemeinschaftstypische Solidarität*» puede encontrarse en DENNINGER, *KritV* 77 (1994), p. 13. *Vid.* también BENDITT, *Law and Philosophy*, 1982, p. 408, quien destaca que uno de los argumentos manejados para legitimar la criminalización del deber de socorro es el que el cometido del Derecho es «fortalecer la moral compartida de la comunidad», argumento propio de ese comunitarismo «fuerte» que parte de la identificación del grupo en torno a determinadas convicciones morales y tradicionales.

(39) *Vid.*, por ejemplo, SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 299 y 301 s.

II. LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL NACIONALSO-CIALISTA. RAZONES DE UN ESTUDIO HISTÓRICO

Pero todo ello no será objeto de estudio en este trabajo. No se asumirá, en otras palabras, una línea constructiva, intentando aportar razones para la legitimación, sino que adoptará una perspectiva hasta cierto punto crítica, no tanto por ofrecer argumentos personales en contra de dicha legitimación desde los parámetros liberales, sino por la más modesta intención de acentuar el énfasis en las citadas dificultades de legitimación. Para ello, por un lado, partiré de los dos presupuestos que se han tomado como punto de partida, que pueden resumirse en los siguientes términos: 1) El paradigma de legitimación del Derecho penal en la actualidad es –y debe ser– el basado en la prioridad liberal de la libertad del ciudadano frente a la sociedad, y 2), la fundamentación de deberes jurídicos generales de solidaridad es antes expresión de una ideología de la comunidad que de una ideología liberal.

Por otro lado, el camino que seguiré para llevar a cabo ese objetivo básicamente expositivo, mediatamente crítico y, por todo ello, modesto, perseguido en estas páginas, será el de mostrar las relaciones entre solidaridad y autonomía en lo que puede considerarse la ideología política *radicalmente opuesta* al liberalismo: el Derecho del nacionalsocialismo, en el cual las relaciones de prioridad entre ambos valores se invierte completamente. Son básicamente dos razones las que pueden justificar esta orientación histórica.

La primera acaba de ser mencionada: lo que caracteriza al giro ideológico llevado a cabo por el Derecho penal del nacionalsocialismo radica precisamente en la adopción de la perspectiva radicalmente contraria a la mantenida por el liberalismo político entre las relaciones de los dos pares de elementos que, como se ha mencionado, se hallan en el centro de la polémica acerca de la justificación de los deberes positivos generales. Así, de una parte, con respecto a la tensión entre el *individuo* y la *comunidad*, asigna a ésta la prioridad axiológica, conformando los deberes del individuo en función del bien colectivo. De otra parte, si presupuesto del liberalismo es la estricta separación entre *Derecho* y *moral*, los juristas del nacionalsocialismo llegarán a una fusión de ambas esferas normativas, considerando a aquél como emanación y continuación de ésta. Por ello, dentro de dichos parámetros ideológicos los deberes de solidaridad podrán hallar una fundamentación más coherente con la

propia del resto de las normas jurídicas, pasando de ser excepción a ser regla.

La segunda razón por la que este apunte histórico puede aportar algo a la discusión de los deberes positivos en Derecho penal viene dada por cuanto la discusión acerca del delito del omisión al deber de socorro se ha visto significativamente determinada por el Derecho penal del nazismo. Ello se debe al hecho de que, después del término de la segunda guerra mundial, la regulación del delito de omisión al deber de socorro fue considerada por la doctrina alemana como una típica emanación del pensamiento nacionalsocialista, generándose un activo debate acerca de la legitimidad de mantener ese delito en la reforma del StGB (40), cuyo rastro, teñido de ese sombrío tono totalitario, ha perdurado hasta la actualidad. Ello, de una parte, se debió a que, si bien ya en el StGB de 1871 podía encontrarse —aunque con diferente formulación típica (41)— un delito de omisión al deber de socorro, fue en el proceso de la *Rechts-erneuerung* nacionalsocialista cuando, en 1935, se introduce el § 330c, precepto cuya regulación es la que, tras la eliminación de algunos elementos típicos con indudable «sabor» nacionalsocialista —como la apelación al «sano sentimiento del pueblo» para la concreción del deber de actuar—, es la que ha quedado plasmada en la actual redacción del § 323c (42), (43). Lo relevante, además, no

(40) Cfr. por ejemplo (argumentando todos en contra de esa filiación ideológica): KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch*, 39.^a y 40.^a edición, 1950, § 330c, II, p. 436; MEZGER, *Strafrecht. II. Besonderer Teil, Ein Studienbuch*, 2.^a edición, 1951, p. 213; GALLAS, *Zur Revision des § 330c StGB*, JZ 1952, pp. 396 ss. (aparecido posteriormente también en la recopilación de artículos del mismo autor *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 259 ss., de donde se citará a continuación); WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4.^a edición, 1954, p. 348; el mismo, *Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte*, NJW 1953, pp. 327 ss. *Vid.* también MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, Frankfurt am Main, 1997, pp. 47 ss.

(41) Diferencia que, como luego se verá, llevará a una muy diferente fundamentación ideológica del delito.

(42) Ello es destacado por prácticamente toda la doctrina que se ha aproximado a este parágrafo. Cfr., por ejemplo, GEILEN, *Probleme des § 323c*, Jura 1983, p. 78; SEELMANN, NK StGB § 323c/2; KARGL, *Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB)*, GA 1994, pp. 247, p. 250; HARZER, *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäss § 323c*, 1999, pp. 4-5.

(43) Algunos datos cronológicos: El § 360, núm. 10 del StGB de 1871 (que ya poseía un antecedente en el StGB de 1851 —§ 340, núm. 7— y, antes, en el *Code pénal* francés de 1810 —art. 475, núm. 12— fue modificado por la ley de 28 de junio de 1935, creándose el § 330c. El contenido de esta parágrafo fue, a su vez, modifi-

ha sido el mero hecho de que hoy en día se mantenga una regulación con similares elementos típicos a la surgida en 1935, sino el factor, más importante a efectos de la discusión ético-política, de que esa modificación del período nazi supuso, con respecto a la de 1871, un giro ideológico esencial, por cuanto el deber de socorro pasó de un fundamento anclado en el liberalismo decimonónico a uno basado en la prioridad de la comunidad, con la consiguiente sospecha de si la actual regulación ha mantenido no sólo la letra sino el espíritu de la regulación de 1935.

Por todo ello, e independientemente de que esa paternidad nacionalsocialista no pueda asumirse tajantemente para el delito que nos ocupa –por cuanto similares regulaciones del deber de socorro aparecen tanto en la legislación penal alemana anterior, como en la legislación, anterior y posterior, de numerosos países (44)–, puede afirmarse que la razón esencial de la controversia que tuvo lugar en los años cincuenta se debió a ese déficit de legitimación; al hecho indudable de que la omisión al deber de socorro obtiene un mayor acomodo ideológico en un Derecho penal típicamente *comunitarista* –como, en un grado extremo y perverso, lo era el del nacionalsocialismo (45)– que el que posee, por las razones apuntadas, en

cado –permaneciendo la misma numeración– por ley de 4 de agosto de 1953. Por último, la actual regulación de la omisión al deber de socorro en el StGB aparece en el § 323c, introducido por ley de 28 de marzo de 1980. Por lo que respecta a la vigencia del precepto de 1935, que incluía elementos típicos como el *gesundes Volksempfinden*, la sentencia del BGH 1, 266 de 1951 lo consideró Derecho vigente.

Una exposición de la evolución tanto ideológica como legislativa de la regulación de dicho delito en Alemania aporta HARZER, *Hilfeleistung*, pp. 31 ss. (incluyendo el contenido de los respectivos preceptos en pp. 301 ss.). Sobre ello puede verse también VERMANDER, *Unfallsituation und Hilfspflicht im Rahmen des §330 StGB*, 1969, pp. 2 ss.; MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 39 ss.

(44) Ello es resaltado por SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 295, p. 295; el mismo, NK StGB § 323c/2; ALEXANDER, *How much Punishment does a Bad Samaritanian deserves?*, *Law & Philosophy* 1996, pp. 93 ss., p. 94, quien menciona como primera regulación la de Rusia en 1845. Más relevante es el dato que también aporta con relación a las legislaciones de los países anglosajones: la primera regulación data de 1967 (Estado norteamericano de Vermont), existiendo actualmente (año 1996) sólo regulación sobre deberes positivos generales en cuatro Estados más, pero limitados al deber de informar sobre la realización de delitos.

(45) Siendo, por descontado, muchas otras cosas además de «comunitarista», tales como totalitario y racista. Con ello quiero destacar el hecho de que, por mucho que haya en común entre algunos de los postulados de base del actual comunitarismo y la prioridad de la comunidad defendida por los nazis, nada tienen que ver en sus objetivos políticos uno y otro.

un Derecho penal de base liberal. Y no creo que fuera el desconocimiento de esa legislación anterior lo que motivara a autores como Welzel (46) o Gallas (47) a plantear esas cuestiones de legitimación en los años cincuenta, sino que fue más bien el incómodo escollo que constituía la omisión al deber de socorro en el esfuerzo por desprenderse de la legislación penal y, más en general, de la ideologización totalitaria introducida en el Derecho penal en el período anterior lo que obligó a la reflexión sobre la legitimación de dicha figura delictiva, si bien no para proponer su desaparición, sí para justificar su presencia desde otros parámetros axiológicos.

Las consideraciones del Gallas de 1950 resumen claramente lo que ha querido destacarse en el texto. «La problemática jurídico-política del § 330c [...] radica en que con el establecimiento de un deber jurídico general de prestación de socorro el marco del Derecho es adelantado a un ámbito que desde una concepción liberal habría de relegarse a la moral». Junto a ello, la discusión sobre la legitimidad se ve agravada por el hecho de que «esa ampliación del compromiso del individuo en favor de intereses supraindividuales con la introducción generada con la introducción del § 330c por el legislador de entonces fue fundamentada con las bases del giro ideológico propiciado por el nacionalsocialismo» (48). Todo ello, en cualquier caso, no debe llevar a la desaparición de un deber positivo de socorro, a juicio de este autor. Ello se debe a que principios como el rechazo del individualismo extremo, la asunción de la dependencia mutua, y, por tanto, la necesaria solidaridad, entre todos los ciudadanos, o la noción de la responsabilidad social tanto de la comunidad hacia el individuo como del individuo hacia la comunidad, son estadios de un desarrollo que, a más tardar desde las postrimerías del siglo XIX, ha venido conformando, de forma creciente, las convicciones generales. La lucha contra la degeneración de estas tendencias, surgida con el colectivismo totalitario, no puede conducir a desconocer ese cambio producido en las actitudes de la conciencia general. Por ello, el pensamiento jurídico occidental no puede desatender el nuevo espíritu de la solidaridad y la responsabilidad social; el cometido consiste realmente en fusio-

(46) WELZEL, NJW 1953, pp. 327 ss.

(47) GALLAS, *Zur Revision des § 330c StGB*, pp. 259 ss. Al margen de las consideraciones del texto, no me resisto a resaltar que quizá no sea casual que fueran autores como Welzel o Gallas quienes más sensibles estuvieran al déficit de legitimación de lo que se consideraba un producto legislativo del pensamiento nazi.

(48) GALLAS, *Zur Revision*, p. 261.

narlo con el ideal tradicional de la libertad personal en una unidad de rango superior» (49).

En un sentido similar, si bien de forma menos reflexiva, se manifestaba Welzel, intentando llegar a una fundamentación acorde con los tiempos: «La exigencia de ese deber para el ciudadano *puede* pero no *tiene* que ser necesariamente entendida de modo “totalitario”. Por el contrario, emana de igual forma del compromiso social del ciudadano propio de una democracia social. Dado que no vivimos ni en el Estado policial del siglo XVIII, ni en el Estado liberal del XIX, no podemos ignorar la responsabilidad social del ciudadano que caracteriza a la democracia del siglo XX» (50).

Esos antecedentes históricos, y esa base discutiblemente nacionalsocialista, pero indudablemente «comunitarista» en que se apoya la juridificación penal de la solidaridad, han configurado la posterior discusión sobre el fundamento del delito hasta la actualidad, no habiéndose podido desprender del todo del tufo totalitario con que fue impregnado. Así, no pocos de los –escasos– artículos y libros recientes sobre el tema se ven obligados a dedicar una especial atención a la regulación de la época nacionalsocialista (51); por la misma razón, es significativo que algún comentario reciente sobre el § 323c StGB comience por ese aspecto (52). Y, lo que es todavía más significativo, también en la doctrina española encontramos ese rastro. Así, cuando oímos decir a Silva que los preceptos de la omisión propia «tienen un innegable origen totalitario y expresan claras tendencias de subordinación del individuo a intereses comunitarios» (53); o cuando Portilla Contreras, al hilo de los comentarios al delito de omisión al deber de socorro, pone de manifiesto que es en la época del fascismo donde se hallan los

(49) GALLAS, *Zur Revision*, p. 261.

(50) WELZEL, NJW 1953, p. 328. Afirmación que, acto seguido, le lleva a concluir que «por ello, el objeto inmediato de protección del § 330c es el bien público (*Öffentliches Wohl*) y sólo mediatamente el individuo involucrado» (p. 328, nota 2). En igual sentido, el mismo, AT (1954), p. 348: «responsabilidad social del ciudadano en una democracia social».

(51) Cfr., por ejemplo, GEILEN, Jura 1983, p. 78; KARGL, GA 1994, pp. 250 ss.; SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, p. 205; el mismo, JuS 1995, pp. 282 ss.; HARZER, *Hilfeleistung*, pp. 5, 49 s.; MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 41 ss.

(52) SEELMANN, NK StGB §323c/1 ss.

(53) SILVA SÁNCHEZ, *La omisión en Derecho penal. Concepto y sistema*, Barcelona, 1984, p. 306. *Vid.* también p. 340.

orígenes del mismo, época en la que «se resaltan especialmente los valores de la solidaridad y del sentido del deber del ciudadano en relación al Estado», destacando no sólo la introducción del párrafo alemán, sino la regulación prevista en el Código Rocco italiano (54).

III. «GEMEINNUTZ GEHT VOR EIGENNUTZ». INDIVIDUO Y COMUNIDAD EN EL DERECHO PENAL NACIONAL-SOCIALISTA

1. Omisión de socorro y nacionalsocialismo. Aproximación introductoria

Comencemos por explicitar lo que se irá mostrando a lo largo de estas páginas: la introducción de un deber general de solidaridad activa en el Derecho penal alemán en 1935 fue consecuencia *directa* de una ominosa ideología, caracterizada especialmente por otorgar al ciudadano un papel subordinado a la pervivencia de la comunidad, y desde la que, por tanto, el máximo deber de aquél se cifraba en la fidelidad a la comunidad y el Estado. Ello habría de conllevar consecuencias determinantes para la concepción de los delitos de omisión, y del delito a secas, dado que convergía en una inversión radical de las obligaciones políticas del individuo con su entorno: si en el liberalismo el principio es el *neminem laedere*, la no intromisión en el ámbito de actuación social, en el comunitarismo nazi el principio será, por el contrario, el de intervenir en pro del bien de la comunidad. En consecuencia, los deberes positivos adquirirían, en contraste con el liberalismo, un papel predominante.

Es por esta razón por la que la trascendencia ideológica de la omisión al deber de socorro, que en la actualidad apenas es tenida en cuenta (55), fuera un aspecto que los juristas de la época tuvieron muy presente. Afirmaba, en este sentido, Georgakis: «Quien busque en el Derecho penal la expresión de una concepción políti-

(54) PORTILLA CONTRERAS, en Cobo del Rosal (director), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Madrid 1996, p. 359.

(55) Ello es destacado por SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 299 ss., quien objeta a la dogmática jurídico-penal el haber ignorado la discusión ética acerca de los deberes positivos.

ca y filosófica global, quien intente aprehender de la forma más clara en ese ámbito del Derecho el substrato de las convicciones de un pueblo y una época acerca de las relaciones entre la comunidad y el individuo, encontrará en el ámbito de la «omisión punible» la más valiosa fuente de información para sus fines» (56).

Así, rara era la obra o tesis doctoral, de las muchas que en esa época aparecieron sobre la omisión (57), que no comenzara por poner de manifiesto esa dicotomía radical en lo tocante a la relevancia política de la omisión. Las palabras con las que Huschens comienza su tesis doctoral no pueden ser más elocuentes: «En la conformación del deber de socorro se muestra, hoy especialmente, la irreconciliable oposición entre liberalismo y nacionalsocialismo. Mientras el Estado de Derecho liberal estaba orientado primordialmente a la protección del individuo y, por tanto, sólo en supuestos excepcionales y bajo muy concretos requisitos exigía la actividad del individuo, sitúa en primer plano el nacionalsocialismo las aspiraciones de la comunidad» (58). Es por esa razón, resalta este autor, por la que «modificar la regulación de la omisión al deber de socorro desde el presupuesto básico del compromiso del individuo con la comunidad era una de las más urgentes tareas a acometer por la renovación nacionalsocialista del Derecho penal» (59).

Ello hace necesario, antes de entrar a exponer los aspectos legales y dogmáticos de su regulación, realizar algunas consideraciones previas acerca de la discusión ideológica y teórico-jurídica imperante en la época. Así, en primer lugar entraré brevemente a exponer la imagen que del liberalismo tenían los juristas nazis, así como su visceral rechazo de la mano de la *ideología de la comunidad del pueblo*. Después, se presentarán las consecuencias que ese giro ideológico tuvo para la concepción y aplicación del Derecho penal, dedicando especial atención a la fusión entre Derecho y moral en que derivó dicha ideología. Dado su carácter meramente introductorio, así como las limitadas pretensiones de este trabajo, la

(56) GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipzig, 1938, p. VII.

(57) Un amplio listado de las tesis doctorales que sobre la omisión al deber de socorro aparecieron entre 1931 y 1940 lo aporta HARZER, *Hilfeleistung*, p. 60, nota 178. No pocas de ellas han sido manejadas para realizar este trabajo.

(58) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung im nationalsozialistischer Strafrecht*, Tesis doctoral, Freiburg im Brisgau, 1938, p. 1.

(59) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 1.

exposición de estas cuestiones estará desde un principio orientada a sus implicaciones para la omisión de socorro (60).

2. La imagen del liberalismo en el nacionalsocialismo

La imagen del liberalismo político de los juristas de los años treinta en Alemania venía, naturalmente, distorsionada hasta cierto punto por los fines críticos de los que partían. Así, por ejemplo, el principio de cooperación democrática presente en la llamada «libertad de los antiguos», o libertad positiva, era prácticamente ignorado (61) en favor del otro pilar básico de la doctrina liberal, la autonomía privada, acentuando el individualismo y el egoísmo del ciudadano de una sociedad liberal, incapaz de adoptar un compromiso con sus semejantes. En la sociedad liberal el individuo aparece como un ser aislado y carente de vínculos, cuyo único cometido radica en procurarse su mayor beneficio personal. Dicha sociedad no está soldada en torno a vínculos de afecto, sino que se concibe únicamente como la mera suma de individuos aislados, y, por tanto, carente de identidad (62).

Como puede apreciarse, estos planteamientos reproducen, acentuando el perfil ideológico de los mismos, los dos modelos clásicos de relación social manejados por Tönnies, citados más arriba: la «sociedad» es consecuencia de una decisión libremente tomada por los asociados en virtud del interés personal de los mismos; en cambio, la «comunidad» se origina a partir de un sentimiento colectivo

(60) Para un desarrollo del pensamiento jurídico en esa etapa histórica, cfr. las amplias referencias bibliográficas que aporta MÜLLER-DIETZ, *Zur moralischen Rechtfertigung totalitärer Anschauungen am Beispiel des nationalsozialistischen Rechtsdenkens*, en Jung *et al.* (editores), *Recht und moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden Baden, 1991, pp. 177 s., nota 3. Además, son importantes otras dos obras no citadas por ese autor: MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahren*, Berlin, 1975; RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2.^a edición, Frankfurt am Main, 1973.

(61) Ni que decir tiene que la democracia tampoco era un sistema muy apreciado por los pensadores nazis. *Vid.*, por ejemplo, RÜTHERS, *Entartetes Recht*, p. 103, en relación con Carl Schmitt.

(62) Cfr. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlin, 1931, p. 104; SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 303 ss.; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 90; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 46.

y previo a la decisión individual que conforma las relaciones de los miembros en virtud de convicciones morales y tradiciones del grupo, integrándolos en un todo homogéneo. Como no podía ser de otra manera, el modelo de la «sociedad», que equivale, en esencia, al procedimiento de decisión racional e intersubjetivo del contrato social, fue rechazado frontalmente en una época inmersa en la devoción a la comunidad, hasta el punto de que el mismo término de «sociedad» fue estigmatizado y expulsado del lenguaje «políticamente correcto», por conllevar la connotación del liberalismo (63).

Uno de los aspectos en los que, dentro del Derecho penal, más hincapié se hacía, era precisamente en la proscripción liberal de la juridificación de los deberes positivos, y ello no sólo de cara a postular una ampliación del ámbito de responsabilidad omisiva, sino también, y de forma especialmente incisiva por los penalistas de la Escuela de Kiel, para rechazar la concepción del delito como lesión del bien jurídico –como emanación de un pensamiento típicamente liberal (64)– y fundamentar la visión alternativa del delito como lesión de deber (65), aspecto de la discusión que será también determinante para la antijuridicidad de la omisión (66). Esa crítica a la ausencia de deberes hacia la comunidad posee además relevancia, más allá de lo relativo a la fundamentación de la omisión, en cuanto remite, de forma tácita, a otro de los reproches habitualmente emitidos contra el liberalismo, que puede denominarse como la «tesis de la desintegración» (67). En las posturas comunitaristas actuales, dicha objeción se formula afirmando que la sociedad li-

(63) Así lo resalta SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, pp. 303-304.

(64) *Vid.*, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen eine Rechsgutsverletzung?*, DStR 1935, pp. 98-99.

(65) *Vid.* SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, en *Grundfragen der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 112; el mismo, *Die unechte Unterlassungsdelikte im System des neues Strafrechtis*, en *Gegenwärtsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Gleispach, Berlin, 1936, p. 98; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 3-4; FREIENSTEIN, *Lässt sich die Strabarkeit von Unterlassungsdelikten auch auf die Verletzung sittlicher Pflichten zurückführen?*, Tesis doctoral, Köln, 1936, p. 54; MAURACH, *Handlungspflicht und Pflichtverletzung*, DStR 1936, p. 118.

(66) En este sentido, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 139 s.; MAURACH, DStR 1936, pp. 113 ss.

(67) Me sirvo con ello de un término empleado por Hart en su polémica con Lord Devlin. Cfr. HART, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, en el mismo, *Recht und Moral* (ed. por Hoerster), Göttingen, 1971, pp. 87 ss.

beral, al exigir únicamente la omisión de lesionar intereses ajenos y renunciar al fomento de la actividad hacia el mantenimiento del bien colectivo, está condenada a la desintegración, por cuanto la exclusiva búsqueda de cada individuo del propio interés conllevará, a largo plazo, la desintegración de los vínculos afectivos y las convicciones valorativas compartidas, que son los que cohesionan la convivencia. Desde el nacionalsocialismo, además de esa formulación, se pone el acento en el Estado como núcleo de la comunidad del pueblo. Así, ante la alternativa entre un Derecho penal liberal y uno autoritario, Schaffstein y Dahm cierran filas en torno a éste, dado que el liberalismo, con el respeto reverencial a la libertad personal, llevará al debilitamiento de la autoridad de las normas y a la destrucción del pensamiento del Estado en el Derecho penal (68). Frutos del liberalismo en el Derecho penal son «una creciente disolución de los valores y principios supraindividuales en favor de la adopción de presupuestos racionales, relajación de la lucha contra la criminalidad [...] y el debilitamiento de la autoridad estatal». «La destrucción de la tradición espiritual, la relativización de los valores, la proscripción de la autoridad: todo ello ha dejado a su paso» (69).

3. El sometimiento del individuo a la comunidad

Con la ideología nacionalsocialista, es la comunidad la que se eleva a valor supremo conformador de la moral, la política y el De-

(68) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, pp. 4, 37.

(69) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 37. Indudablemente, la acusación al liberalismo de factor de desintegración social y política estaba sensiblemente influenciada por el desastre económico de la etapa de Weimar, de igual modo que, por lo demás, la reivindicación de la raza y el orgullo alemán lo estaban por los acuerdos de Versalles al término de la primera guerra mundial. De lo primero dan muestra clara la crítica al liberalismo de WOLF, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, ARSP núm. 28 (1934/1935), p. 350: «Muy diferente a la nueva convicción jurídica alemana ha de ser toda idea del liberalismo político del siglo XIX, cuyo mayor ideal jurídico era la libertad y la seguridad del individuo. Nosotros hemos aprendido a descubrir el engañoso valor de esa abstracta libertad jurídica desde que la inflación y el empobrecimiento masivo han convertido frases como la “libertad” de cerrar contratos en sarcasmos de la dureza amarga de la vida social». *Vid.* también la obra citada de SCHAFFSTEIN/DAHM, p. 37-38.

recho. Si en el liberalismo la sociedad y el Estado surgen, en su imagen teórica, como una asociación fruto del consenso y de la racionalidad orientada al beneficio mutuo (70), la comunidad del pueblo, de la que emanará el Estado, se configura como una realidad previa al individuo, que le otorga su condición de persona en cuanto es miembro de la misma, así como define su horizonte moral y de actuación (71). El papel del ciudadano está subordinado al de ser un eslabón de su totalidad orgánica, «una parte indisolublemente unida por la sangre a la comunidad» (72).

Dicha comunidad, «para el sentir jurídico alemán, no es sólo una forma inevitable de convivencia, ni una realidad sociológica, sino que está moralmente fundada» (73): es una «comunidad ética» (74). En otras palabras, el horizonte de valores que conforma la identidad de la comunidad no es sólo entendido como un ser: como una realidad fáctica en la que se socializa el individuo, sino como un *deber ser*: los valores que definen la comunidad serán *per se* los valores correctos, en cuanto son los que otorgan su identidad al pueblo alemán (75); por descontado, serán entonces los valores que todo miembro de la comunidad estará obligado a respetar.

(70) Esa imagen sigue vigente en el actual liberalismo. Cfr. RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch*, en Honeth (editor), *Kommunitarismus, Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt, 1993, pp. 36 ss., p. 43, quien define la sociedad liberal como una «empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo».

(71) Cfr. DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, Berlin, 1938, p. 11: «Puede verse al hombre, como en la ilustración y el primer liberalismo, como ser razonable y basado en su autosatisfacción... o como ser social, en su relación con el entorno... Nosotros contemplamos al hombre de otra forma, como miembro activo del pueblo (*Volksgenossen*), como miembro de una comunidad concreta».

(72) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. Vid. también DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 83: «Todo ser, todo actuar, tiene sólo sentido desde la comunidad».

(73) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. En sentido similar, DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 11: «La comunidad es una vinculación personificada y viva entre hombres de igual actitud».

(74) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 296; HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 46: «Gesinnungsgemeinschaft».

(75) Cfr. SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 46, 293, 297; SCHMID, *Das strafbares Unterlassen in heutiger Rechtsgeltung*, DStR 1936, p. 424.

Las diferencias con el liberalismo son radicales (76): el respeto a las normas de convivencia no está basado en la protección de la autonomía personal, sino que sirve al único fin de mantener la comunidad. Dado que la misma sólo puede perpetuarse cuando sus miembros acomodan su actividad en torno a los ideales valorativos que le otorgan su identidad, bajo su manto la actuación social de todo individuo habrá de orientarse bajo una lineal *actitud de fidelidad* hacia esos valores. «No un desconsiderado egoísmo, sino un sentido de la comunidad y una conciencia de deber hacia la el pueblo en su totalidad es lo que determina hoy la convivencia en el Tercer Reich» (77). La pérdida absoluta de autonomía privada llevará a que la noción misma de «individuo» sea rechazada, contemplándose a la persona sólo en cuanto miembro de la comunidad (78), al que, entonces, le será inherente esa actitud –y ese deber– de fidelidad. Por ello, esa actitud hacia los valores comunitarios que, al mismo tiempo que se presupone en todo miembro honesto de la comunidad, debe ser permanentemente fomentada por el Poder, se trasladará entonces al Derecho –que será expresión de esos valores y de la identidad de la comunidad– como la exigencia de un *deber de fidelidad*, que, como después mencionaremos, definirá asimismo el injusto penal. Para mantener el ideal del mayor bien de la comunidad, afirmaba Erik Wolf, ha de exigirse un «compromiso sin fisuras de cada individuo hacia la comunidad del pueblo» y hacia las normas que conforman la convivencia dentro de la comunidad: «cada uno debe amar al Derecho y con ello estar dispuesto a sacrificarse por *su* Derecho» (79). No obstante, ello no implica, a juicio

(76) El liberalismo fue considerado el mayor enemigo ideológico del nacionalsocialismo. Cfr., por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 108 ss., quien afirma que una de las labores esenciales de la ciencia del Derecho ha de consistir en despojar al Derecho penal el pensamiento individualista de la ilustración; LARENZ, *Deutsche Rechtsernuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1934, pp. 3-4: El fin del Estado nacionalsocialista es conformar un Derecho penal «que se corresponda con las convicciones morales de nuestro pueblo», y el fin de la filosofía del Derecho es hacer desaparecer todo resto de pensamiento ilustrado.

(77) FRANTA, *Die Unterlassungsdelikte nach alter und neuer Auffassung*, Tesis doctoral, München, 1938, p. 46.

(78) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 109-110.

(79) WOLF, ARSP 28 (1934-1935), p. 349. La idea del individuo integrado en la comunidad como *portador* [Träger] del Derecho en cuanto encarnación de los valores es destacada también, por ejemplo, por LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, p. 103.

de este autor, un sometimiento del individuo. «El verdadero *Rechtsgenosse* no se erige en señor del Derecho, pero tampoco se siente como un esclavo; él se sabe su *portador*. Asume la autoridad del Derecho no como una arbitrariedad propia ni ajena, sino como el orden natural del pueblo» (80).

En la concepción de la *Volksgemeinschaft* se plasma de manera elocuente la paradoja que, en forma menos extrema, aqueja a no pocas concepciones comunitaristas actuales: la peligrosa confusión entre idilio y terror, la creencia (infundada) en una comunidad armónica, solidaria y unificada en torno a valores comunes junto a la esquizofrénica –o maquiavélica– asunción de la necesidad de imponer bajo sanción esos valores como único medio de mantener esa cohesión (81). Ello va a tener relevancia para la discusión sobre los deberes de socorro, por cuanto la solidaridad adquirirá su fundamento a partir de esos presupuestos de cohesión orgánica.

Resulta, por ejemplo, casi sarcástico leer en la *Filosofía del Derecho y el Estado* de Sauer que la comunidad del pueblo se define e identifica ante todo como una *Liebesgemeinschaft*. La esencia de una verdadera comunidad, sostiene este autor, es el ser una comunidad de valores, en la que no hay disenso en las convicciones de sus miembros. «Precisamente esto es lo que eleva la comunidad a un valor superior, que la hace más valiosa que las personas». «Cuanto más grande y profunda sea la identificación en torno a valores, mayor será la solidaridad» (82). Pero la solidaridad, que, desde la habitual mezcla de ser y deber ser que caracteriza al peor comunitarismo en este aspecto, se erige tanto en realidad plena como en aspiración y, por ello, fin del Poder Estatal, no tiene como objetivo la libertad de terceros, la protección de sus intereses, sino que su razón de ser viene dada por el servicio que presta a la comunidad como tal. Así, resalta Sauer que la relevancia de que la *Volksverbundenheit* sea vista como una finalidad del Estado es su significado como «íntima solidaridad en valores morales, compa-

(80) WOLF, ARSP 28 (1934-1935), p. 350. Las cursivas en ambas citas son del original.

(81) Críticos con ese aspecto del comunitarismo actual: DENNINGER, *Kritik* 77 (1994), pp. 14-15; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, Madrid, 1992, p. 161; GUTMANN, «Keepin' 'em down on the farm after they've seen Páree»: *Contradicciones de la concepción comunitarista del Derecho*, Doxa 1999, pp. 494 ss.; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, Barcelona, 1998, p. 244.

(82) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 296.

nable a una amistad ideal, y ello con el fin cultural del perfeccionamiento» de la comunidad (83); de «la elevación de la comunidad del pueblo a un nivel superior ético-cultural» (84).

Así, la solidaridad, entendida –al modo de la solidaridad mecánica de Durkheim– como fomento de la identificación en los valores, operará como un medio aglutinador de los lazos de «afecto» que conforman la comunidad, y sólo esa actitud de fidelidad permitirá su pervivencia. «Disposición al sacrificio y voluntad de servicio a la comunidad son los medios por los que se asienta esa conciencia ética de comunidad» (85). Dada la trascendencia de la comunidad como valor esencial, anterior y superior a los individuos, la solidaridad se convertirá no en una virtud moral, sino asimismo en un *deber público*. El deber de solidaridad se fusionará en la exigencia de fidelidad a la identidad de la comunidad, por lo que, en realidad, todo deber jurídico será entendido como expresión del deber de solidaridad activa del individuo, dado que el fin último de toda norma es la perpetuación de la comunidad ética. Inversamente, todo delito, todo quebrantamiento de normas jurídicas, lesionará la comunidad en cuanto tal, siendo calificado como infidelidad y, por ello, como defraudación del deber de solidaridad que atañe a todo individuo en cuanto miembro de la comunidad. «Dado que el bien y el mantenimiento del pueblo dependerá del cumplimiento del deber de fidelidad, es éste el primer deber que la comunidad del pueblo exige del individuo; de él derivan todos los demás deberes [...] De este modo, los conceptos de honor, fidelidad y deber pasan a ser los aspectos nucleares del pensamiento de la comunidad» (86).

(83) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 297.

(84) SAUER, *Die Ethisierung des Strafrechts*, DStR 1934, pp. 177-178.

(85) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. Vid. igualmente BARTH, *Die Nothilfe im neuen deutschen Strafrecht*, JW 1935, p. 2320, citando los *Nationalsozialistische Leitsätze*, editados por Hans Frank, director del departamento de Derecho del NSDAP: «Mientras el pueblo viva, existirán deberes de fidelidad. Y sólo mientras los miembros acaten sus deberes de fidelidad, vivirá el pueblo»; el mismo, DR 1935, p. 523: «Si desaparece la fidelidad, se destruye la comunidad»; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 12: «La comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros».

(86) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23; en igual sentido, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 110. Sobre la importancia de dichos conceptos en la ideología nazi cfr. especialmente BARTH, *Völkische Treupflicht und nationalsozialistisches Strafrecht*, DR 1935, pp. 523 ss. También GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 4; FRANTA, *Die Unterlassungsdelikte*, p. 28.

Ello queda también expresado en las *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*: «El deber de fidelidad de los miembros de la comunidad no es ninguna imposición o deber de obediencia frente a prohibiciones o mandatos de la dirección del pueblo y el Estado, sino que tiene mucha mayor trascendencia, en tanto significa el aportar todo el esfuerzo para la comunidad del pueblo dentro de sus vínculos de sangre y solidaridad, de colaborar denodadamente con los fines del pueblo en favor del mantenimiento, protección, libertad, y futuro de la comunidad» (87).

Por consiguiente, en virtud de la relación de tensión dialéctica de la que hemos partido como presupuesto, la ampliación del deber de solidaridad vendrá, entonces, a reducir de forma drástica el marco de autonomía personal del individuo (88). Ello puede concretarse en dos sentidos.

De una parte, la permanente actitud de fidelidad que debe mantener el miembro de la comunidad conlleva un generalizado incremento de la responsabilidad del individuo (89), que se concreta en una *obligación de sacrificio*, de supeditación de sus intereses personales en favor de la comunidad cuando ésta lo requiera (90). Así, entre las «virtudes eternas» del pueblo alemán destaca Sauer, entre otras, el sentimiento de comunidad y la capacidad de sacrificio por valores más elevados que su propia libertad, el más importante de los cuales es la comunidad misma; «*Nichts für sich, alles für das Ganze*» es la máxima que guía sus pasos (91). Por ello, los intereses personales se protegerán por la razón y en la medida en que sean necesarios para la comunidad (92), que, frente a la libertad

(87) Citado por BARTH, JW 1935, p. 2320.

(88) BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, Tesis doctoral, Breslau, 1938, p. 59, lo expresa al revés: «La consecuencia de esa reducción de la libertad personal es la ampliación de los deberes jurídicos de actuar».

(89) FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 61.

(90) *Vid.*, por ejemplo, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 4; HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23; BARTH, JW 1935, p. 2322; WOLF, ARSP núm. 28 (1934-1935), p. 349.

(91) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 227 ss., pp. 231-232. La tergiversación a que Sauer, en su obsesión de convertir a Kant al nacionalsocialismo, somete al primer imperativo categórico kantiano raya en lo obscuro (otros ejemplos de lo mismo en pp. 46 s. y 269, nota 1).

(92) Así, HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 68. En igual sentido, BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 59.

del individuo, encarna el valor supremo. En la perversión comunitarista del nazismo, los derechos individuales quedan funcionalizados —esto es, negados— en favor del fin de perpetuar el espíritu del pueblo. «*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*» (93). O bien:

«*Du bist nichts, dein Volk ist alles*» (94).

De otra parte, dado que desde la consciente falacia de la comunidad idílica los valores que la moral comunitaria y el Estado encarnan surgen, como decía Wolf, del «orden natural del pueblo», la clásica prioridad liberal de la instauración de un margen de libertad individual como límite el ejercicio del poder estatal será desechado por innecesario. Este extremo, que plasma la diferencia quizá más radical con el liberalismo político, viene dado, en realidad, por el diferente criterio de constitución y legitimación del Estado. Así, si en el liberalismo clásico es la libertad del individuo la que funda la sociedad y el Estado, por lo que uno de sus presupuestos es el derecho inalienable a una esfera de libertad *frente* al poder estatal, concibiéndose como una «envoltura de protección» (95) inaccesible a la actividad del Estado o los demás individuos, en el pensamiento nazi es la comunidad del pueblo —encarnada en el Estado totalitario— la que conforma y decide la libertad del ciudadano, por lo que, como hemos visto, su grado de autonomía dependerá de los intereses de la comunidad. La autonomía personal deja de convertirse en un valor relevante: «Los derechos a la libertad del individuo [...] son incompatibles con el Derecho del pueblo. No existe una libertad personal del individuo, previa o externa al Estado, que deba ser respetada por éste» (96). En el Estado nacionalsocialista, asevera Schaffstein, «desaparece la idea de una esfera individual»

(93) FREISLER, en Gürtner/Freisler, *Das neue Strafrecht*, Berlin, 1936, p. 89. Ello aparece también, por ejemplo, en SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 46; HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 30; JAEGER, *Die Bedeutung der sittlichen Pflicht für die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte*, Tesis doctoral, Baden Baden, 1937, p. 31.

(94) Cfr. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, p. 73, citando a H. Lange

(95) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1996, p. 51.

(96) HUBER, *Verfassung*, 1937, p. 213 (citado por RÜTHERS, *Entartetes Recht*, p. 43). Destaca Rüthers que esa teoría de la inexistencia de libertades y derechos individuales *frente* al Estado por su incompatibilidad con la concepción *völkisch* del Estado era un tema habitual en la literatura de la Escuela de Kiel —formada no sólo por los penalistas Dahm o Schaffstein, sino por autores como Larenz (filosofía del Derecho), Wieacker, Michaelis o Siebert (civilistas), etc.—.

de libertad (97); «no hay ya esferas ajenas al Derecho» (98). Todo ello, la prioridad de los lazos de solidaridad moral que cohesionan a la comunidad y el consiguiente detrimento del marco de libertad personal, hará que los deberes generales positivos pasen de ser excepción a ser regla.

4. Derecho y moral

El sometimiento absoluto a la comunidad como prioridad ética de sus miembros hará desaparecer también la idea de la autonomía moral. Lo privado y lo público se fusionarán en una sola unidad determinada por los valores que definen la unidad del pueblo. Ello, en consecuencia, dará lugar a la total identificación entre Derecho y moral: los deberes jurídicos surgirán del «sano sentimiento del pueblo», que se erigirá en la fuente del Derecho por excelencia (99), hasta el punto de que sólo las leyes que estén en sintonía con esos valores serán consideradas verdadero Derecho (100). El

(97) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 113.

(98) BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 59.

(99) Sobre la nueva teoría de las fuentes del Derecho, cfr. LARENZ, *Rechtslehre*, pp. 10 ss.; SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 227 ss. También DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, p. 64; el mismo, *Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 57 (1938), p. 251; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 28, 44 ss., 49; MEZGER, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW 55 (1936), p. 8, destacando todos que «la sana comprensión del pueblo sobre lo justo y lo injusto es la fuente originaria de todo el Derecho en el Estado nacionalsocialista» (MEZGER, *ibid.*).

(100) En ello incide especialmente RÜTHERS, *Entartetes Recht*, pp. 23 ss. Un amplio análisis de ello puede encontrarse también en ANDERBRÜGGE, *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin, 1978, p. 136 ss. Vid. también, por ejemplo, SAUER, DSr 1934, pp. 177 ss., artículo con el significativo título de *La etización del Derecho penal*; el mismo, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 398-399 y nota 2: «El Derecho no puede contrariar a la moral del pueblo», citando a Hitler («A partir de ahora no habrá ya ninguna diferencia entre Derecho y moral»), y a las *Nationalsozialistischen Leitsätze*: «El sentimiento jurídico alemán coincide enteramente con el sentimiento moral». Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que otra de las modificaciones al StGB que se llevaron a cabo en 1935 fue la de la admisión de la analogía a favor del reo (§ 2 StGB: «Será castigado quien realice un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según los fundamentos de la ley penal y el sano sentimiento del pueblo»). Sobre ello, cfr. NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, en el mismo, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts*, Baden Baden, 2000, pp. 301 ss.

ordenamiento jurídico –y, en particular, el ordenamiento jurídico-penal– se convertirá en el portador por excelencia de la *Gemeinschaftsgesinnung*, recibiendo las normas su legitimación exclusivamente por ser expresión de la identidad comunitaria (101).

Como vimos, el deber originario era el deber moral de fidelidad a la comunidad, del que derivaban todos los demás deberes (102); por ello, todos los deberes jurídicos surgirán *directamente* de ese deber moral. «Dado que la conciencia del pueblo valora ese deber como un deber moral y considera su lesión como un delito, orden moral, sentimiento de deber y sentimiento jurídico coincidirán plenamente» (103). Ello supondrá una fundamental modificación de perspectiva con respecto a la fundamentación del delito de omisión al deber de socorro, dado que la separación kantiana entre verdaderos deberes jurídicos y virtudes éticas desaparecerá por completo. En el Derecho penal de los años 30 «Derecho y moral no pertenecen ya a ámbitos separados. Los deberes comunitarios del pueblo son verdaderos deberes jurídicos» (104). Por ello, dado que «el Derecho penal refleja el orden espiritual del pueblo» (105), cometido de la *Rechtsernuerung* será el de elevar los deberes morales a deberes jurídico-penales, ya a través de una modificación legislativa –como ocurrió con la omisión al deber de socorro–, ya a través de la interpretación y de la aplicación –sirviéndose de la cláusula de la analogía contra reo– del «Derecho penal de la costumbre» (106).

(101) *Vid.*, por ejemplo, LARENZ, *Rechtsernuerung*, pp. 4 ss., pp. 8-9, y *passim*; SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pp. 40 s.; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 22, 28. También WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, en el mismo, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 105.

(102) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23.

(103) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. Muy similar, BARTH, JW 1935, p. 2322.

(104) DAHM, *Bemerkungen zur Unterlassungsproblem*, ZStW 59 (1940), p. 166. En igual sentido, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, p. 71; el mismo, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 110; MAURACH, DSrR 1936, p. 138; SCHMID, DSrR 1936, p. 424; FREIENSTEIN, *Die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, 47; SCHMIDT, DSrR 1936, p. 424; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 49, 90; JAEGER, *Unterlassungsdelikte*, 1937, p. 26; BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, 61; BARTH, JW 1935, p. 2320: «Esos deberes de fidelidad no se originan con la sanción de los mandatos jurídicos por parte de la dirección del pueblo y el Estado, sino que surgen directamente del suelo y la sangre de la comunidad del pueblo».

(105) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 28.

(106) *Vid.* MAURACH, DSrR 1936, p. 138.

5. Concepto del delito

Ello implicará también un giro esencial tanto en la concepción de la lesividad material del delito como en su formulación dogmática. Dada la indisoluble unidad entre las normas del Derecho penal y el «orden moral del pueblo» (107), la lesión de los concretos bienes jurídicos, en particular los reconducibles a intereses individuales, dejará de constituir el fundamento del merecimiento de pena; lo relevante, por el contrario, será su contrariedad con ese orden moral. «Del intenso sentido del deber del pueblo alemán surge su pronunciado sentimiento jurídico. Sólo quien se mantiene fiel puede ostentar derechos. Deber de fidelidad y deber jurídico, contrariedad a deber y antijuridicidad son una misma cosa. La lesión del deber de fidelidad constituye al mismo tiempo la lesión de un deber moral. El sentimiento jurídico alemán y su convicción moral coinciden enteramente» (108). Lo mismo expresa la fórmula sintética de la que se sirve Henkel (109):

«*materielle Rechtswidrigkeit = Sittenwidrigkeit*».

Esa contrariedad al orden moral del pueblo conlleva en sí misma un *daño* a la propia comunidad, por cuanto pone en duda y debilita el substrato ético que le otorga su identidad:

«*Rechtswidrigkeit = Volksschädlichkeit*» (110).

«El injusto –afirma Schaffstein– es el ataque a la comunidad del pueblo, el quebrantamiento de las bases de la vida del pueblo» (111). Con la vulneración de una norma jurídico-penal, equiparada a norma moral, se quebrantan los lazos que aglutinan la comunidad: todo delito puede verse, entonces, como expresión de falta de *solidaridad*; o bien, tal como solía expresarse, todo delito

(107) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 110: Con la superación del liberalismo «surge de nuevo la reencontrada unidad entre Derecho penal y orden moral del pueblo».

(108) BARTH, JW 1935, p. 2322.

(109) HENKEL, *Die materielle Rechtswidrigkeit in kommenden Strafrecht*, ZStW 55 (1936), p. 37.

(110) HENKEL, ZStW 55 (1936), p. 39. También SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 438.

(111) SCHAFFSTEIN, *Die materielle Rechtswidrigkeit in kommenden Strafrecht*, ZStW 55 (1936), pp. 29-30; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 59.

será considerado una vulneración del deber de *fidelidad* a la comunidad y, por tanto, de *traición* a la misma (112). «La esencia del delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna» (113).

Por lo que respecta a la concepción dogmática del delito, la asunción del *deber* de fidelidad como requisito esencial de todo miembro de la comunidad llevará a configurar todo delito como *lesión de deber* (114), rechazándose por muchos autores —especialmente los miembros de la Escuela de Kiel— la concepción del delito como lesión de un bien jurídico, por considerarla heredera de la tradición liberal. Ese programa quedaba sintetizado en las siguientes palabras de Gallas:

«La teoría del bien jurídico y su lesión aparece como el resultado de un forma de pensar liberal e individualista, para la que la misión del ordenamiento jurídico se limita a mantener separadas entre sí una serie de «esferas de intereses» [...] Por el contrario, el ideal jurídico del nacionalsocialismo viene determinado por la unidad de la comunidad y sus miembros. Desde esta perspectiva, la esencia del delito no consistirá en el ataque ilícito a los intereses jurídicamente protegidos, sino en su carácter destructor de la comunidad. Con ello, cobra protagonismo la parte personal del delito y son los conceptos de «deber» y «actitud», y no, o no en primer lugar, los de «bien ju-

(112) BARTH, DR 1935, p. 523; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 14; H. MAYER, *Der Verbrechensbegriff*, DStR 1938, pp. 76 y 100; GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, en *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Gleispach, Berlin, 1936, p. 51; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 131; WOLF, ARSP núm. 28 (1934-1935), p. 355: «En el Estado nacionalsocialista el delito aparece ante todo como desobediencia y rebelión, el delincuente como enemigo del pueblo». Esa concepción del delito dio lugar a una activa polémica entre los autores de la época, que no es necesario reflejar aquí, acerca de si todo delito debía concebirse como una infidelidad, o si, en cambio, sólo aquellos cuyo injusto sólo pudiera explicarse como tal —traición al Estado, etc.— merecerían esa calificación. Sobre ella da cuenta HUSCHENS, *Unterlasene Hilfeleistung*, pp. 26 ss.; y BARTH, DR 1935, p. 523, defendiendo este último la postura «oficialista» favorable a identificar todo delito con la infidelidad.

(113) DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 12; H. MAYER, DStR 1938, p. 77.

(114) HUSCHENS, *Unterlasene Hilfeleistung*, p. 23: «Dado que en el nuevo Estado todas las relaciones jurídicas deben ser conformadas y entendidas desde el aspecto del deber, el pensamiento del deber habrá de ser el criterio primordial para la configuración del delito».

rídico» e «interés» los que pasan a ocupar el centro de la construcción conceptual jurídico-penal» (115).

O en las declaraciones de Maurach, autor que, si bien dogmáticamente era más reacio a abandonar el concepto del bien jurídico, compartía plenamente las razones ideológicas que llevaban a su abandono:

«Frente a la idea de la acción antijurídica (materialmente peligrosa o lesiva para los bienes), la acentuación en la conducta contraria a deber –y en esto debe seguirse la postura de la Escuela de Kiel– significa, política y éticamente, un gran avance hacia el reconocimiento de una comunidad basada en la fidelidad, en virtud de la cual deberían conformarse el Estado y su nuevo Derecho penal» (116).

Por último, esa concepción de la lesividad, así como la inversión de la prioridad axiológica del individuo a la comunidad, supondría también una modificación en la determinación de la gravedad de los delitos. Todos los delitos constituyen una lesión a la

(115) GALLAS, Gleispach-FS, p. 51; en el mismo sentido, DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, pp. 13-14; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 109 ss.; el mismo, DSr 1935, pp. 98-99, y *passim* –identificando la teoría del bien jurídico con la protección de los derechos subjetivos propia del liberalismo de Feuerbach–; el mismo, *Der Streit um das Rechtsgutsdogma*, DSr 1937, pp. 335 ss. Es sabido que no todos los autores en la época defendieron tal concepto del delito como lesión de deber, sino que muchos de ellos –especialmente los de afiliación neokantiana– aspiraron a compatibilizar los presupuestos ideológicos nazis –con sus consecuencias para el enjuiciamiento del delito tales como la subjetivación extrema del injusto– con el bien jurídico (*vid.*, por ejemplo, MEZGER, ZStW 55 (1936), pp. 3 ss.; KLEE, *Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung*, DSr 1936, pp. 1 ss.; MAURACH, DSr 1936, pp. 113 ss.), para lo cual bastaba con servirse del concepto teleológico del bien jurídico de Honig para ampliar sus perfiles hasta que cupiera todo. Por lo demás, los mismos defensores de la Escuela de Kiel, que en un principio mostraron un rechazo frontal al bien jurídico –especialmente por las mayores dificultades que ofrecía para incorporar esa subjetivación (cfr. en este sentido DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 57 (1938), p. 233; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 113: el bien jurídico constituye una «camisa de fuerza conceptual» para desarrollar en el Derecho penal el cometido de la comunidad del pueblo)–, terminaron por admitir la aplicación dogmática del bien jurídico, destacando que su rechazo iba dirigido no contra el concepto del bien jurídico, sino contra el «pensamiento del bien jurídico», dada su raigambre liberal. *Vid.* en este sentido DAHM, ZStW 57 (1938), p. 235.

(116) MAURACH, DSr 1936, p. 125.

comunidad, pero ese daño será mayor cuando se atente contra intereses directamente comunitarios. En palabras de Schaffstein, «invirtiendo las relaciones habidas hasta ahora, la medida más elevada de protección penal no habrá de establecerse ya frente a lesiones de bienes jurídicos del individuo, sino contra la lesión de los intereses de la colectividad y del Estado». La razón que alega este autor es que «debe mostrarse con toda claridad en la valoración de los bienes jurídicos la superioridad de los valores de la comunidad frente a los intereses y necesidades del individuo» (117). Por lo que respecta a los bienes personales, el mayor valor deja de ser la vida, para pasar a serlo el honor (118). En suma, como afirmaba Gallas, «para la valoración jurídico-penal sólo tienen relevancia los intereses de la comunidad» (119).

6. Finalidad del Estado y del Derecho penal

Todo lo anterior se deriva del postulado básico del nacionalsozialismo consistente en la supeditación y anulación de la autonomía del individuo en aras de la comunidad. Por ello, también la labor del Derecho penal y del Estado mismo se orientará en el cometido de fortalecer la identidad y cohesión de la misma. El estado autoritario, según Schaffstein y Dahm, debe ser vehículo de expresión de los valores eternos de la comunidad, debe plasmar «la primacía absoluta de la nación y de los valores tradicionales en ella enraizados frente a los intereses de los individuos» (120); para ese cometido debe generar una *Staatsgesinnung*, una conciencia de respeto a la autoridad (121). Y el Derecho —y el Derecho penal en particular— será el medio por el que se fomentará y canalizará ese ejercicio (122). «El Derecho penal utiliza la pena para mostrar a todos su poder. En la

(117) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 109. *Vid.*, en igual sentido, SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 50: El estado autoritario está llamado a proteger sobre todo los «valores transpersonales y absolutos» que están más allá de los individuos.

(118) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 438.

(119) GALLAS, Gleispach-FS, p. 62. En el mismo sentido, DAHM, *Gemeinschaft*, p. 12; H. MAYER, DSiR 1938, pp. 76-77 y 81.

(120) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 50.

(121) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 38.

(122) LARENZ, *Rechtserneuerung*, p. 8: «Dado que el Derecho debe su origen y su vigencia a la comunidad, su primer cometido habrá de ser el servir a la vida de la comunidad».

pena se manifiesta simbólicamente la dignidad del Estado» (123). Su finalidad esencial será aplicar su vigor al fortalecimiento de la conciencia de comunidad en sus miembros (124). Ello conlleva, como destacan Schaffstein y Dahm, un marcado componente pedagógico, pero entendido en un sentido muy distinto al del «pensamiento liberal» propio de la prevención especial de von Liszt. «La educación en el Estado autoritario debe ser entendida como intensa educación de la colectividad. Las posibilidades sociopedagógicas del Derecho penal» deben orientarse especialmente a la internalización de la conciencia de la comunidad del pueblo (125).

IV. LA OMISIÓN DE SOCORRO EN EL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA

1. La omisión a la luz del pensamiento de la comunidad

Si en alguna de las instituciones de la dogmática penal tuvo especial trascendencia el pensamiento de la comunidad ética fue en la omisión. De una parte, por lo que respecta a la *comisión por omisión*, la equiparación entre Derecho y moral y, por tanto, de los deberes morales con los deberes jurídicos significó el brusco rechazo de la concepción «liberal» de los deberes formales de garante, y la consiguiente ampliación del ámbito de responsabilidad por omisión a partir de la asunción de nuevas fuentes de garante surgidas de la moral. Así, afirmaríase Schaffstein –y con él buen número de jóvenes autores– que para el castigo por un resultado en comisión por omisión es requisito suficiente «la lesión de un deber surgido del orden moral del pueblo» (126). En realidad –y a diferencia de en una

(123) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 41, manifestando acto seguido que «la pena de muerte muestra terminantemente que el individuo puede ser sacrificado en aras del Estado»

(124) WOLF, ARSP 28 (1934-1935), p. 349; SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 439.

(125) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 41; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 10.

(126) SCHAFFSTEIN, Gleispach-FS, p. 96, pp. 71, 98. En la misma línea, el mismo autor, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 123; DAHM, ZStW 59 (1940), pp. 165 ss.; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 84; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, pp. 26 ss., p. 29; FREIESTEIN, *die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, pp. 47, 53 ss. Más dubitativo, aunque llegando a esa conclusión, MAURACH, DSrR 1936, pp. 117-118.

concepción liberal—, dado que tanto los delitos de comisión por omisión como los de omisión pura obtendrán el mismo fundamento en el deber de fidelidad a la comunidad, la ampliación de responsabilidad que alcanzará tanto a unos como a otros vendrá dada por idénticos motivos ideológicos.

«El tránsito de una concepción formal a una concepción material y al mismo tiempo orgánica y comunitarista del Derecho lleva, a través del reconocimiento jurídico de deberes morales de evitación del resultado, a ampliar la responsabilidad por el resultado» (127). «Es la trascendencia de la solidaridad y de los lazos de unión de los hombres en la comunidad lo que ha de llevar también aquí a una ampliación moral de la no evitación contraria a deber de un resultado» (128).

Pero fue el delito de omisión al deber de socorro, especialmente a tenor de su nueva regulación, el que se entendió como expresión fidedigna del Derecho penal nacionalsocialista, elevándose prácticamente a símbolo de la *Rechtserneuerung*. A diferencia de la comisión por omisión que, por cuanto su fundamento radica en la evitación de un resultado material, podía venir asociada al pensamiento liberal de la protección de bienes jurídicos (129), la omisión al deber de socorro, cuyo injusto se agota en el no cumplimiento del mandato, constituía para los juristas nazis la quintaesencia del delito, al poder interpretarse como la infracción de un deber sin ulterior vinculación a la lesión de un interés individual plasmado en un bien jurídico y, por ello, como un quebrantamiento de la norma moral de fidelidad (130).

(127) FREIESTEIN, *Die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, p. 53.

(128) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. VIII.

(129) Y, en tanto considerado como liberal, con la limitación del Derecho a proteger esferas de libertad. Cfr. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 112: La «concepción del delito como lesión de un bien jurídico se revela [...] como un producto característico de la ideología del Estado del liberalismo clásico, ya que parte de una concepción del Estado según la cual éste había de limitarse a la actividad negativa de proteger las esferas individuales de libertad, y que, por tanto, debía configurar los deberes del ciudadano de igual forma igualmente negativa, es decir, sólo como un deber de omitir agresiones sobre la esfera individual ajena».

(130) Así, por ejemplo, afirmaría FREISLER, en Gürtner/Freisler, *Das neue Strafrecht*, pp. 88-89, que, siendo el fundamento de todo delito la infidelidad a la comunidad, la omisión al deber de socorro es uno de los delitos que más nítidamente plasman ese carácter. En igual sentido, HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 29.

«Un sistema individualista puede conformarse con la prohibición de ir más allá de la propia esfera jurídica e incidir sobre una esfera ajena; un Derecho construido en torno al pensamiento de la comunidad no puede darse por satisfecho con la mera pasividad de sus miembros, sino que exigirá de forma amplia a todos los miembros de la comunidad la disposición activa de sus fuerzas así como la ayuda mutua que plasme una actitud de fidelidad» (131).

En efecto, como manifestó Schaffstein, el amplio reconocimiento de «un deber de ayuda activa a la comunidad y a sus miembros es una consecuencia natural del pensamiento de la comunidad» (132), constituyendo la admisión de un deber de socorro en la ley la plasmación de la prioridad axiológica del colectivo social frente al individuo, así como clara expresión de la relevancia del deber de fidelidad y de su trasunto dogmático, el delito como lesión de deber (133).

«Para el deber de prestación de socorro y su trascendencia jurídico-penal es determinante el deber de fidelidad de los miembros del pueblo entre sí y para con la comunidad. Del deber de fidelidad, de la fiel vinculación entre todos los miembros, surgen una serie de deberes concretos, algunos de los cuales son tan importantes que su lesión debe ser sometida a una pena. Bajo esos deberes figura el de la prestación de socorro. Según el principio asentado en el pueblo de “uno para todos y todos para uno” cada uno ha de prestar toda su colaboración a que sean removidos los peligros para la comunidad y para los miembros de la misma» (134).

Y, dado que el deber de prestación de socorro emana directamente del deber de fidelidad, la fundamentación de esa obligación de solidaridad activa no habrá de venir fundada en la amenaza de lesión de los intereses de quien se halle en situación de peligro, sino en lo que esa ayuda tiene de expresión de una actitud de fidelidad a los valores que cohesionan los vínculos comunitarios. No es, en otras palabras, la protección de esferas de libertad ajenas lo que legitima la introducción de deberes positivos generales, sino el co-

(131) FREIENSTEIN, *Die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, p. 54. En sentido similar, por ejemplo, MAURACH, *DSiR* 1936, p. 118.

(132) SCHAFFESTEIN, *Gleispach-FS*, p. 98.

(133) *Vid.* también SCHAFFESTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 127-128; SCHMID, *DSiR* 1936, p. 424; MAURACH, *DSiR* 1938, p. 118.

(134) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 48.

metido supraindividual de fortalecer los vínculos que cohesionan a la comunidad. Ello otorga a este delito una especial fundamentación, por cuanto vendrá dada desde los mismos fines que se asignan al Derecho penal en su conjunto. «Más allá de su valor práctico para la convivencia de los hombres –destaca Huschens– el deber de socorro se erige en un símbolo del nuevo orden jurídico y pasa a ser un medio esencial para educar al pueblo en la concienciación de un sano sentimiento de comunidad» (135).

Al igual que el resto de los factores que hemos venido presentando, también el giro en la concepción del delito y su asunción como lesión de deber sirvió para que la omisión al deber de socorro adquiriera un mayor acomodo dogmático que el que ofrecía bajo la noción del delito como lesión de bienes jurídicos, viniendo, por lo demás, la discusión dogmática atravesada por profundas divergencias ideológicas, dado el presupuesto, asumido por estos autores, del carácter liberal del bien jurídico. Afirmaba, ejemplo, Huschens que el delito de deber de socorro no puede abordarse, ni sistemática ni materialmente, desde la idea de protección de bienes jurídicos. Para ello, «tendríamos que poder constituir un bien jurídico que fuera puesto en peligro o lesionado con la omisión. Pero dado que la ayuda no es un bien jurídico, con el deber de prestación de socorro sólo podría llegarse a una protección mediata de bienes jurídicos concretos». Con ello, la obligación de socorrer aparecería como un medio para la protección de los mismos y «la pena por la omisión del deber de socorro habría de ser considerada orientada a una protección mediata de los bienes jurídicos» (136), conclusión que no podía sino chirriar en los oídos del pensamiento comunitarista nazi. Por ello, se afirmaría que «la lesión del deber de fidelidad conduce a los fines pretendidos de forma más sencilla: del deber general de fidelidad del individuo surge aquí un determinado deber de actuar. La lesión de ese deber es en cuanto tal castigada, y no porque se haya puesto en peligro o lesionado ningún bien jurídico [...] Aunque la idea del peligro para la vida en comunidad pueda haber contribuido al surgimiento de ese deber, el verdadero fundamento de la pena es la lesión del deber en cuanto tal» (137). En otras palabras, la omisión al deber de socorro se configurará como un deli-

(135) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 1. En igual sentido, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 1 y 8.

(136) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 28.

(137) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 28.

to de actitud, cuyo merecimiento de pena vendrá dado por la expresión de una *rücksichtlose Gesinnung* (138), que la noción de lesión de deber estaría en mejor situación de abarcar. Ello no responde sino al pensamiento de partida: dado que el deber de socorro aparece como una concreción del deber general de fidelidad a la comunidad, ya en la desobediencia del deber se produce un «daño» de naturaleza simbólica sobre ésta, por cuanto los vínculos que la cohesionan y los valores que la definen son puestos en duda. Y para reafirmar la autoridad y superioridad moral de la comunidad, la pena debe expresar la más firme censura y manifestar que «quien lesiona dolosamente ese deber queda situado fuera de la comunidad, porque al mismo tiempo lesiona el deber de fidelidad a que en cuanto miembro de la misma está obligado» (139).

2. La nueva regulación de la omisión al deber de socorro

a) *Fundamento*

Como afirmamos en la introducción a estas páginas, en el año 1935 entra en vigor la nueva regulación del delito de omisión al deber de socorro. Si bien ya existía, en el Código Penal de 1871, un delito equivalente, lo cierto es que sus elementos diferenciadores vendrán a otorgar una fundamentación completamente distinta, que, como a continuación veremos, expresará de manera inequívoca el vuelco ideológico sufrido por la Alemania de los años 30, al pasar de una regulación de base liberal a una concepción del delito comunitarista. Veamos en primer lugar la disposición del StGB de 1871.

El § 360 núm. 10 del StGB de 1871 disponía lo siguiente:

Se castigará con pena de multa de hasta 150 marcos o con arresto: [...] 10) A quien, ante accidentes o situaciones de peligro general o necesidad, le hubiera sido requerida la prestación de ayuda por la autoridad policial o sus representantes y no lo realizara, aunque pudiera satisfacer el requerimiento sin peligro considerable para sí mismo.

(138) Por ejemplo, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 7; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1942, § 323c, I. Vid. también MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 44 ss.

(139) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 84.

Lo característico de esa disposición –paradójicamente llamada el *Liebesparagraph* (140)– frente a la regulación posterior alemana y frente a la que actualmente aparece en el Código Penal español, es que el deber de socorro sólo surge a partir de un previo requerimiento policial, no existiendo, entonces, un deber directo y general del ciudadano de prestar ayuda a terceros. Es, de hecho, ese elemento el que otorga al precepto, por comparación a aquellos que incorporan un deber general, un carácter liberal. Como afirmaba Welzel ya en 1954, en el Estado liberal el aseguramiento de la seguridad y orden público era exclusiva labor de la policía, resaltando que lo característico del § 360 número 10 era que venía a convertir al ciudadano en ayudante de la autoridad policial de cara a esas labores (141). Esa idea se manifestaba también en las consideraciones sobre dicho precepto realizadas por un contemporáneo de su vigencia. «El Estado –afirmaba Leonhard– está interesado en la prestación activa de ayuda por parte de quienes vivan bajo su territorio para el mantenimiento de los derechos esenciales. Así, en circunstancias extraordinarias de puesta en peligro del bien común, y cuando las propias fuerzas del Estado no sean suficientes para luchar contra esos peligros, deberá el Estado imponer restricciones sobre los derechos básicos» (142). En el Estado liberal decimonónico, como vemos, el deber de prestación positiva del ciudadano se configuraba como un subrogado de carácter excepcional de la propia labor estatal de proteger los derechos de los individuos (143), de modo que sólo cuando los medios estatales no fueran suficientes para procurar esa seguridad estaba legitimado para solicitar la intervención del ciudadano en labores que, en rigor, eran responsabilidad de aquél.

Así, manifestaba este autor que «donde el poder estatal se siente débil y no es capaz por sí solo de mantener la paz jurídica, el deber de prestación de socorro deberá ser asumido con mayor intensidad

(140) Cfr., por ejemplo, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18.^a edición, 1931, § 360, núm. 10, 1, p. 799. Asimismo, LEONHARD, *Die sogenannten Liebesparagraphen*, Tesis doctoral, Heidelberg, 1910.

(141) WELZEL, AT (1954), p. 348.

(142) LEONHARD, *Die sogenannten Liebesparagraphen*, p. 1.

(143) Es interesante el hecho de que recientemente se haya ensayado una similar fundamentación para legitimar la actual regulación de la omisión al deber de socorro en el StGB. Cfr. PAWLIK, GA 1995, pp. 363 ss., considerando la base del deber activo no como expresión de solidaridad sino como una suerte de delegación del deber del Estado de garantizar un margen de seguridad sobre los intereses personales.

que en Estados que se sienten internamente fuertes y poseen un servicio policial desarrollado» (144).

Esa concepción, como puede apreciarse, se corresponde enteramente con los presupuestos del Estado liberal clásico: éste se configura no como un fin, sino como un medio para garantizar la libertad individual, que es cometido para el que ha sido establecido por el acuerdo racional de los ciudadanos. Y éstos, dado que es al Estado al que han encomendado la labor *activa* de asegurar y proteger sus esferas de libertad individual, sólo quedarán obligados a omitir daños sobre los intereses ajenos. Sólo cuando el mismo Estado, en situaciones *concretas y excepcionales*, no pueda realizar la labor que le han encomendado los individuos, serán éstos los que, con carácter extraordinario, tendrán que prestar esa labor activa (145). Es por esta razón por la que Leonhard resalta que sólo ese requerimiento policial llevará a que, en el caso concreto, el deber ético de ayuda se convierta en un deber jurídico (146).

No es de extrañar, en consecuencia, que los juristas de afiliación nacionalsocialista encontraran ese precepto de todo punto rechazable. Con dicha regulación, se afirmaba, «la solidaridad de los miembros del pueblo, tal y como se deriva de una comunidad vinculada por la sangre y el suelo, quedaba insuficientemente reconocida» (147); en realidad, alegaba Georgakis, en dicho precepto se plasmaba un deber moral básico de todo miembro de una comunidad, pero, dada la estricta separación entre Derecho y moral del liberalismo, el legislador de 1971 hubo de enmascararlo bajo una infracción formal de desobediencia a la autoridad (148). Por ello, rechazado de plano el liberalismo, el nuevo legislador había de modificar con urgencia la regulación del deber de socorro, y plasmar en ella los principios del «nuevo orden» (149).

(144) LEONHARD, *Die sogen. Liebesparagraph*, p. 2.

(145) Una interpretación similar del fundamento liberal del precepto hacían los juristas de la época nazi: *vid.*, por ejemplo, FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, pp. 46-47; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 3-4.

(146) LEONHARD, *Die sogen. Liebesparagraph*, p. 14.

(147) SCHMIDT, DStR 1936, p. 424. En igual sentido, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 2; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 1; BARTH, JW 1935, p. 2320.

(148) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 3.

(149) *Vid.* la fervorosa declaración de HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 1 ss.

«Tan pronto como desaparece esa concepción del hombre y su cometido, tan pronto como se sitúa a la comunidad por encima del individuo y dirige los deberes de aquél hacia las necesidades vitales del todo social, toda discrepancia entre el deber moral y el deber jurídico de socorro se deshace [...] La concepción ideológica del nacionalsocialismo está en perfecta armonía con la exigencia de un deber moral de prestación de socorro, ya que *el deber de fidelidad frente a la comunidad [...] encierra en sí la solidaridad entre sus miembros, la disposición a la ayuda en situaciones de necesidad, la protección mutua ante el peligro y el respeto mutuo en cuanto miembros de la comunidad*. Por ello, el nuevo tipo legal del deber de socorro no puede entenderse como la regulación provisional de un aspecto secundario del Derecho penal, sino que, por el contrario, constituye para el Código Penal nacionalsocialista expresión fundamental de esa ideología», por cuanto «destaca con especial claridad el giro fundamental acerca de los deberes del individuo para con la comunidad y la relación de ésta con sus miembros» (150).

Ese nuevo tipo legal (§ 330 c) recibiría la redacción siguiente:

Quien, ante accidentes o situaciones de peligro general o necesidad, no presta ayuda, aunque ello sea su deber según el sano sentimiento del pueblo, y en especial cuando no cumpla el requerimiento policial, aunque pudiera cumplir el requerimiento sin peligro considerable para sí mismo y sin lesión de otros deberes importantes, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o con pena de multa.

Junto al considerable aumento de pena –consecuencia de la mayor importancia de ese deber en un Derecho penal comunitarista (151)– son dos las novedades más relevantes que introdujo el nuevo precepto. De una parte, la desaparición del requerimiento policial como *conditio sine qua non* para el surgimiento del deber jurídico de actuar. Si bien sigue formando parte del tipo legal, operará como un mero ejemplo (152). De otra parte, la concreción del

(150) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 4 y nota 18.

(151) El aumento de la sanción penal era una de las peticiones más reiteradas en la doctrina de la época: cfr. por todos BARTH, NW 1935, p. 2320; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 46.

(152) El cual, no obstante, era interpretado también como elemento de agravación, en cuanto que al deber moral de fidelidad se acumulaba el deber de respeto a la autoridad. Cfr. HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 70; SCHMIDT, DStR 1936, p. 424; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 54; BARTH, JW 1935, p. 2321, afirmando que ni siquiera habría sido necesaria su mención.

deber de actuar en función del «sano sentimiento del pueblo», que será la cláusula general y abierta por la que se dará paso a la incorporación de los deberes morales al ámbito jurídico y que, en la práctica, dejará la decisión al juez de turno. Veamos más detalladamente, a partir de la exégesis realizada por los autores de la época, la trascendencia y aplicación de ambos aspectos.

La desaparición del requerimiento policial conllevó, si no necesariamente la conversión a una ideología comunitarista nazi, sí desde luego la posibilidad de interpretar el deber positivo de socorro desde esos parámetros, al perder su raigambre liberal. Desde luego, no otra fue la finalidad perseguida por el legislador (153).

Con dicha modificación, manifiesta Huschens, «la esencia de la institución se modifica completamente. De igual modo que todo el Derecho se ha asentado en el espíritu de la comunidad, se ha despojado a la omisión al deber de socorro de sus ropajes liberales y se ha convertido en un verdadero deber nacionalsocialista hacia la comunidad [...] En la nueva redacción del deber de socorro «se refleja con especial claridad el giro acontecido en el Estado nacionalsocialista en la concepción de los deberes del individuo hacia la comunidad y hacia los demás miembros del pueblo». El nuevo tipo legal constituye una clara plasmación del principio «*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*» (154).

De ser un ilícito de mera desobediencia pasaba a ser un delito en el que se castigaba la actitud inmoral de infidelidad (155), un «delito de lesa comunidad», por expresarlo así. Los miembros de la comunidad ya no habían de actuar motivados por la autoridad policial, sino por su espontánea fidelidad a la autoridad moral del pueblo que se esperaba de ellos. El sujeto egoísta propio de la sociedad liberal dejaba paso a la imagen de un *Volksgenosse* solidario con su comunidad, imagen que, en última instancia, remitía a la diferente concepción del Estado: «La vida de la comunidad no

(153) Cfr. la *Amtliche Begründung* de la ley de modificación del StGB de 28 de junio de 1935, Berlín, 1936, pp. 42-43. Vid. también FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 47.

(154) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 30. La primera frase entrecomillada corresponde a una cita del autor a Frank.

(155) Así, por ejemplo, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 2, 7: «actitud antisocial»; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 30, 70, 90; BARTH, JW 1935, p. 2320.

es, desde la óptica nacionalsocialista, un mero medio necesario que haya de servir a los individuos a la obtención de sus intereses egoístas bajo la aislada realización de su propio trabajo, sino que es una comunidad fundada en la moral, que, por ello, puede exigir-lo todo a sus miembros vinculados a ella bajo lazos de fidelidad. La comunidad nacionalsocialista no establece exigencias menores, sino que exige de sus miembros toda la fuerza que puedan aportar» (156).

b) *Interés protegido*

El interés que perseguía la introducción del delito de omisión al deber de socorro ya ha sido indirectamente expresado cuando destacamos la relevancia del concepto de delito como lesión de deber. A pesar de que la noción era rechazada por estos autores, podríamos decir que el «bien jurídico» protegido era la comunidad misma; o quizá mejor, los factores sociales que mantienen unidos los vínculos comunitarios. Expresado en otros términos, lo protegido sería la «solidaridad» en cuanto tal, o la conciencia de solidaridad entre los miembros de la comunidad, dado que es la vinculación a una identidad común lo que permite el mantenimiento de la comunidad. Ello determina importantes diferencias con una visión liberal: mientras en ésta lo que se persigue proteger son los intereses personales puestos en situación de peligro —es decir, otros bienes jurídicos como la vida o la integridad física—, en el modelo comunitarista —en el nazi y en cualquier otro que sitúe la comunidad por encima del ciudadano— el socorro a un tercero encarnaría únicamente la forma de aparición de la realización del deber de fidelidad a la comunidad. «El deber de ayuda existe sólo frente a la comunidad» (157).

(156) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 90. En similar sentido, FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 46.

(157) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 90. Destaca además este autor, expresando con claridad la diferencia con una concepción liberal, que el moderno Estado nazi estaría capacitado, en la mayoría de los casos, para responder a las situaciones de peligro, por lo que desde esa perspectiva no sería necesario solicitar un deber activo a los ciudadanos. Pero, dado que el fundamento de ese deber no es la protección de la libertad ajena, sino la fidelidad a la comunidad, el deber de socorro deberá no sólo permanecer, sino intensificarse.

c) *Contenido del deber. El «sano sentimiento del pueblo» como elemento típico*

Esas diferencias ideológicas se plasmarán en un diferente ámbito de deber del ciudadano, en relación con los bienes en peligro frente a los que tenga que surgir la ayuda. Así, mientras desde una fundamentación liberal, que asuma el carácter excepcional de un deber positivo general, el deber de actuar sólo habrá de surgir cuando el peligro amenace a intereses personales del ciudadano vinculados a la esfera de libertad: vida, integridad física o libertad sexual, una concepción comunitarista, que conciba el deber de socorro como vehículo de expresión de deberes de fidelidad a la comunidad, exigirá un deber activo, además, cuando concurra un peligro para bienes jurídicos como la propiedad (158), o para bienes jurídicos supraindividuales vinculados a la propia comunidad o al Estado (159).

Pero, en realidad, el criterio con el que se determinará en cada caso el contenido del deber es el elemento normativo del tipo (160) del *gesundes Volksempfinden*; criterio que, como ya se mencionó, constituye la primera y más importante fuente del Derecho (161). Ciertamente, desde la prioridad axiológica de la comunidad con respecto al individuo, y desde el deber de sacrificio inherente a todo miembro de la comunidad, el margen de exigencia habría de ser mucho mayor que en un Estado liberal. Así, y aunque se proclamara que no era precisa una actitud heroica (162), el deber de prestación de socorro habría de ser exigible al sujeto «también en los casos en los que exista el peligro de poner en juego su propia vida, su libertad y su propiedad» (163). Por lo demás, la radical vaguedad de la citada cláusula facultaba a que la decisión se dejara entera-

(158) Cfr. la *Amtliche Begründung* de la Ley de 28 de junio de 1935 de modificación del StGB, p. 42.

(159) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 88.

(160) Así, HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 43.

(161) FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 31. Sobre la relevancia de ese criterio para la aplicación de todo el Derecho penal nazi cfr. MEZGER, ZStW 55 (1936), pp. 2 ss. Afirman, por ello, BARTH, JW 1935, p. 2323, y HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 30, 43, que aunque no se hubiera incluido, materialmente habría dado lo mismo, dado que habría sido el criterio a emplear para concretar el deber, al igual que es el criterio de interpretación esencial de todo tipo legal.

(162) SCHMID, DStR 1936, pp. 424-425.

(163) *Nationalsozialistische Leitsätze*, II, p. 25 (citado por MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 44.)

mente a las particularidades del caso concreto (164), respondiendo con ello al método del *pensamiento concreto*, propugnado por los autores nazis (165). En cualquier caso, la cláusula era entendida como un criterio de *limitación* en el caso concreto del ámbito del deber de actuar (166). Se afirmaba, así, que su correcta aplicación disipaba el riesgo de que pudieran establecerse exigencias demasiado elevadas para el individuo, yendo más allá de lo exigible a un miembro honesto de la comunidad (167). La capacidad limitadora tenía una obvia razón: «El sano sentimiento del pueblo no lo admitiría» (168).

En cualquier caso, ¿qué era y en qué consistía la aplicación de ese «sano sentimiento del pueblo»? Según estos autores, el juez había de servirse del «sentido de la comunidad» propio de un «miembro del pueblo alemán razonable y de sano sentimiento» para con esos parámetros juzgar el hecho (169). Por supuesto, ello conlleva, como esos mismos autores asumen, una apreciación intuitiva e irracional de la situación concreta (170), por cuanto irracional es la base del deber de fidelidad ciega hacia la comunidad (171), y son los valores morales que dan identidad a la comunidad y a los que debe ir dirigida esa actitud de fidelidad los que conforman el núcleo de sentido del criterio (172). De sus posibilidades de argumentación racional da cuenta la siguiente declaración:

«El concepto del “sano sentimiento del pueblo” apenas puede ser expresado con palabras; no cabe aprisionarlo en fórmulas abstractas y generales, por cuanto es un valor nacido de la concreta realidad del

(164) Manifiesta a este respecto HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 44, que un Derecho penal liberal, dado su respeto al principio de legalidad, nunca admitiría una cláusula tan amplia.

(165) Singularmente por Carl Schmitt, como es sabido. Sobre ello, *vid.* RÜTHERS, *Entartetes Recht*, pp. 59 ss. Sobre las consecuencias del irracionalismo inherente a ese método para la dogmática, *cfr.*, por ejemplo, SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, p. 37; SCHAFFSTEIN, *DStR* 1935, pp. 97 ss.

(166) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 5.

(167) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 6; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 40.

(168) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 7-8.

(169) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 6.

(170) BARTH, *NW* 1936, p. 2323; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 27.

(171) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 27.

(172) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 49.

pueblo, surgido en la esencia de los vínculos de raza, suelo y destino que conforman la comunidad, y sólo desde ella experimentable. La comunidad alemana del destino en su pasado y futuro, la comunidad del pueblo emanada de la sangre y el suelo, la raza y el paisaje, y su voluntad creadora política y cultural son sus inagotables fuentes» (173).

A pesar de ese carácter intuitivo y no reconducible a una aprehensión racional, se niega tajantemente que sea un término ambiguo, y pueda por ello generar inseguridad jurídica (174):

«Quien sea ajeno a la conciencia de la existencia de un pueblo que tenga un sentimiento sano general acerca de lo justo y lo injusto, puede afrontar con miedo y preocupación el leer en una ley que el juez debe remitirse al sano sentimiento del pueblo. Pero nosotros no tenemos esa preocupación. Nosotros creemos en que el pueblo alemán, sobre la base de su concepción del mundo, tiene un sano sentimiento de lo justo y lo injusto, y que ese sano sentimiento no es un mero indicador para la interpretación del Derecho sino la fuente más profunda de toda la creación del Derecho» (175). «Teniendo, como ahora, una *Gesinnungsgemeinschaft*, en la que el pueblo y el juez se mueven bajo la idéntica base de la concepción nacionalsocialista del mundo, no puede haber ya obstáculos para la ampliación del arbitrio judicial y para una menor concreción de los tipos legales» (176).

Pero, no obstante esa identificación intuitiva en una catálogo cerrado de convicciones que presuntamente había de poseer todo miembro de la comunidad ética, los juristas no dejaron de tener serios problemas cuando se enfrentaban a la cuestión capital: ¿Cómo distinguir el sentimiento del pueblo «sano» del «insano»? (177). ¿Debe partirse de una base empírica y asumir el sentimiento del pueblo en un momento dado, o debe partirse de ese miembro ideal de la comunidad?

Las respuestas son demasiado variadas, y demasiado variopintas, para ser expuestas aquí. Baste afirmar que por lo general se re-

(173) FRANTA, *Unterlassung*, p. 52, citando las similares consideraciones de MEZGER, en ZStW 55 (1936), p. 9.

(174) FRANTA, *Unterlassung*, p. 52.

(175) GÜRTNER/FREISLER, *Das neue Strafrecht*, p. 17 (citado por FRANTA, *Unterlassung*, p. 52).

(176) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 46.

(177) Cfr. HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 52.

chazaba esa aproximación fáctica, porque, aunque normalmente el sentimiento jurídico de la masa coincidirá con el de los miembros de más «sano» sentimiento jurídico, no siempre habría de ser así; caso en el que deberá primar el sentimiento de estos últimos (178). Ello, por supuesto, no conllevaría ninguna concreción en absoluto.

«El juez no deberá conformarse con constatar cómo piensa el pueblo o la parte afectada del pueblo acerca del merecimiento de pena del hecho, sino que debe probar cómo aparece el hecho desde el punto de vista de una concepción popular sana. Lo decisivo es, entonces, si la conducta en cuestión es compatible con las necesidades y exigencias de la vida de la comunidad o si merece el reproche de la comunidad del pueblo» (179).

Más en general, a la hora de discriminar el sentimiento «sano» del que no lo es, lo único que se alcanzará a ofrecer serán argumentaciones circulares, o bien declaraciones obvias desde la ideología nazi: «sano» será aquel sentimiento que lleve a la decisión que más beneficio conlleve para la comunidad (180) o, más toscamente, cuando siga las consignas del Partido. Basten dos ejemplos:

«El sentimiento del pueblo sólo será sano cuando esté en armonía con los fines de la dirección nacionalsocialista y con la idea del Derecho de la concepción nacionalsocialista del mundo» (181).

«A partir de la comparación del cuerpo del pueblo con el organismo y el alma de un ser individual y del significado literal del término «sano» se llega a tres aspectos: una concepción del pueblo es sana cuando, primero, responda a las cualidades raciales del pueblo y sirva con ello a la salud física del cuerpo de la comunidad; segundo, cuando satisfaga las exigencias de la moral y proteja con ello la salud espiritual del pueblo; y tercero, cuando asegure la forma de vida correcta del pueblo y contribuya con ello a su mantenimiento» (182).

En suma, la extrema vaguedad de la cláusula y el fin exclusivo que perseguía de introducir en la aplicación del Derecho los presupuestos ideológicos nacionalsocialistas en nada vendrían a limitar los deberes de socorro del ciudadano. Por el contrario, en una concepción política en la cual la libertad del individuo quedaba ente-

(178) JAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 31.

(170) JAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 33, nota 2, citando a Schäfer.

(180) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 55.

(181) FRANTA, *Unterlassung*, p. 53.

(182) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 52.

ramente a expensas de la pervivencia de la comunidad, el deber activo del ciudadano, configurado como deber ilimitado de fidelidad, apenas tendría límites. En la comunidad ética, la solidaridad, trastocada en obediencia y sometimiento al poder del «pueblo», se convertía en el primero de los deberes del individuo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Con la anterior exposición histórica sólo ha pretendido destacarse la íntima vinculación existente entre la juridificación de los deberes positivos fundados en la solidaridad y el pensamiento político de la comunidad. Indudablemente, no toda concepción de la solidaridad tiene por qué reconducirse a un comunitarismo «fuerte», en el cual la solidaridad se define –y los deberes se fundamentan– por la *pertenencia* del individuo a una comunidad determinada; por el contrario, la noción de la solidaridad admite también una visión más «individualista», a partir de una vinculación del sujeto con la libertad de otros individuos, fundándose los deberes, entonces, no en virtud de relaciones de lealtad o fidelidad a una identidad compartida, sino en virtud de un *compromiso con el daño ajeno*.

Las diferencias de cara a su legitimación desde parámetros liberales son evidentes. Mientras que la primera noción de solidaridad sería frontalmente incompatible con los principios liberales, dada, de una parte, la supeditación de la autonomía individual al todo social o al Estado y, de otra, el particularismo de su fundamentación, la segunda noción de la misma acogería similares presupuestos de partida, al menos en el sentido de que, primero, los criterios de argumentación permanecerían apegados a la prioridad de la autonomía individual –surgiendo la tensión no entre individuo y comunidad, sino entre *mi* autonomía y *tu* autonomía– y, segundo, el ámbito de fundamentación sería universalista, dado que el vínculo no vendría fundado en la identidad de una comunidad particular, sino en la dignidad humana como atributo que posee todo ser humano en cuanto tal.

No obstante, incluso esta última posibilidad habría de enfrentarse a diversos problemas (183), que intento resumir a continuación.

(183) «Problemas» siempre que se asuma el presupuesto normativo de partida: la juridificación –más aun: la criminalización– de deberes positivos generales en un sistema político-criminalmente sostenido bajo una base ideológica liberal.

Primero. Incluso en la visión más desencantada, universalista e «individualista» de la solidaridad permanece un núcleo, aunque muy tenue, de «comunidad», en el sentido de que presupone la vinculación de la identidad propia y la ajena en una identidad común al «nosotros», que surge con el *reconocimiento* del otro como un igual, y, por tanto como «uno de los nuestros» (184). Sólo ese previo reconocimiento puede llevar a la *afirmación* de su dignidad y, por ello, a considerarla tan valiosa como la mía.

Segundo. Ya se afirmó que el tránsito de la moral al Derecho implica que ese deber activo de solidaridad debe ser públicamente sancionado por un acuerdo intersubjetivo basado en la racionalidad de los participantes (185), y el problema es que sujetos prioritariamente interesados en su propia libertad no tenderían a admitir, *prima facie*, deberes positivos generales, dado que conllevarían un detrimento de la propia autonomía que no maximizaría su libertad personal, sino sólo la libertad ajena. En otras palabras: sólo cuando pudiera fundamentarse que mejorar el *status* de libertad de un tercero implica también un aumento de la propia libertad para el agente tendría cabida la solidaridad en el esquema político del liberalismo, porque sólo entonces resultaría *racional* el establecimiento de esa obligación positiva.

Tercero. Desde un punto de vista funcional, la disposición a la solidaridad será más intensa en comunidades «fuertes» que cuando se halle sostenida sobre el siempre frágil suelo del reconocimiento interpersonal. Ello es, por ejemplo, destacado por Rorty: «nuestro sentimiento de solidaridad será más fuerte cuando aquellos con los que nos declaramos solidarios más pertenezcan “a los nuestros” y cuando “nosotros” remita a algo más limitado que la raza humana. Ello implica que la fundamentación basada en “porque es un ser humano” ofrece una débil y no convincente razón para una acción desinteresada» (186). Dada la pluralidad moral y la ausencia de comunidades tradicionales en la sociedad liberal, ello implica

(184) Cfr. RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, Frankfurt am Main, 1989, p. 310.

(185) Siguiendo, por ejemplo, el principio democrático expresado por Habermas –que no es sino expresión del criterio de legitimación plasmado en el contrato social–: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales» (cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172).

(186) RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, p. 308.

que la motivación al respeto de las normas jurídico-penales que sancionan esos deberes positivos generales –singularmente el deber de prestación de socorro– no vendría dada tanto en virtud de un reconocimiento de la validez valorativa de la norma (187), como en virtud de la amenaza de pena, motivación siempre menos efectiva que la anterior.

Cuarto. Si en alguno de los ámbitos del Derecho ha de tener validez la concepción maximalista de la libertad individual y minimalista de la restricción de la misma por parte del Estado es en el Derecho penal, por razones obvias. Por ello, cuando se plantea no sólo la juridificación, sino la *criminalización* de la omisión de deberes positivos generales esa resistencia a la legitimación se acentúa, presentándose entonces el problema añadido de la justificación desde el principio de intervención mínima. A este respecto, baste decir que sólo una tipificación de esos deberes desde la noción «intersubjetiva» permitirá llegar a una síntesis razonable entre solidaridad y autonomía. Ello tendrá que plasmarse tanto en una limitación de los intereses a socorrer a las condiciones más esenciales para el desarrollo de la libertad individual, como en una frontera de inexigibilidad ponderada desde la prioridad de la libertad del agente. A mi entender –y la siguiente afirmación no será fundamentada aquí–, la actual regulación de la omisión del deber de socorro permite ser interpretada desde estos presupuestos.

Termino ya. La conclusión que quiero destacar no es novedosa: desde el paradigma político-criminal del liberalismo político los deberes positivos generales en Derecho penal estarán siempre sometidos a una legitimación, si factible, siempre precaria y excepcional. No siéndolo tampoco los problemas citados, para todos ellos se han desarrollado importantes réplicas, tendentes a reducir la citada tensión entre autonomía y solidaridad. En cualquier caso, las modestas pretensiones de estas páginas, ya declaradas al comienzo, me eximen de su análisis en este momento.

(187) Máxime si tenemos en cuenta el punto anterior de la ausencia de una fundamentación racional intersubjetiva de las mismas.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

LEY ORGÁNICA 2/2000, DE 7 DE ENERO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE PROHIBICIÓN DEL DESARROLLO Y EL EMPLEO DE ARMAS QUÍMICAS

(«BOE» núm. 8, de 10 de febrero de 2000)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, hecha en París el 13 de enero de 1993 y ratificada por el Reino de España mediante Instrumento de 22 de julio de 1994, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de diciembre de 1996, impone, en su artículo I, un conjunto de obligaciones positivas y negativas a los Estados partes y establece, en su artículo VII, entre las medidas a aplicar por dichos Estados, la necesidad de promulgar las leyes penales que sean precisas en orden a hacer efectiva la prohibición de las actividades vedadas por la Convención.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, contiene en sus artículos 566 y 567 expresas referencias a las armas químicas, penando de forma concreta la fabricación, comercialización, tráfico y establecimiento de depósitos de dichas armas.

Poniendo en relación las actividades prohibidas dimanantes de la Convención y las conductas tipificadas como delito en los referidos preceptos del Código Penal, queda patente la insuficiencia de la cobertura por éstos de los supuestos contemplados en la Convención, por lo que se hace preciso, al objeto de cumplir con las exigencias derivadas de la ratificación de la Convención, incorporar al Código Penal la totalidad de las conductas prohibidas en la misma, lo que se lleva a efecto mediante la presente Ley Orgánica, en la que se incorpora un nuevo apar-

tado 2 al artículo 566 para recoger el tipo específico relativo al desarrollo de armas químicas, actividad que comprende la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminados a la creación de una nueva arma química o a la modificación de una preexistente; el empleo de las mismas; y la iniciación de preparativos militares para la utilización de dichas armas.

Asimismo, en el artículo 567, se precisa el concepto de depósito de armas, en su vertiente de comercialización, de modo que impida la idea de una comercialización final y deje claro que lo que se penaliza es la utilización de armas, piezas de las mismas, o sustancias químicas, para la formación de depósitos o para su empleo.

Artículo único. *Modificación del Código Penal.*

1. El actual artículo 566 del Código Penal pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se incorpora un nuevo apartado 2 con la siguiente redacción:

«Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o inicien preparativos militares para su empleo».

2. Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 567 del Código Penal, que será la siguiente:

«Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta».

3. Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 567 del Código Penal, con la siguiente redacción:

«Se entiende por desarrollo de armas químicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o la modificación de una preexistente».

LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, POR LA QUE SE REGULA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

(«BOE» núm. 11, de 13 de enero)

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. La promulgación de la presente Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores era una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores; en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y en el artículo 19 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La Ley Orgánica 4/1992, promulgada como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, Texto Refundido de 11 de junio de 1948, establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a éstos en cuanto infractores penales, sobre la base de valorar especialmente el interés del menor, entendiendo por menores a tales efectos a las personas comprendidas entre los doce y los dieciséis años. Simultáneamente, encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal, y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo pudiera llegar a producir. Asimismo, configura al equipo técnico como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas y termina estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, al que otorga todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional, en sintonía con lo establecido en la aludida Sentencia del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Dado que la expresada Ley Orgánica se reconocía a sí misma expresamente «el carácter de una reforma urgente, que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores», es evidente la oportunidad de la presente Ley Orgánica, que constituye esa necesaria reforma legislativa, partiendo de los principios básicos que ya guiaron la redacción de aquella (especialmente, el principio del superior interés del menor), de las garantías de nuestro ordenamiento constitucional, y de las normas de Derecho internacional, con particular atención a la citada Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y esperando responder de este modo a las expectativas creadas en la sociedad española, por razones en parte coyunturales y en parte permanentes, sobre este tema concreto.

3. Los principios expuestos en la moción aprobada unánimemente por el Congreso de los Diputados el día 10 de mayo de 1994, sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, se refieren esencialmente al establecimiento de la mayoría de edad penal en los dieciocho años y a la promulgación de «una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia...».

4. El artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. También para responder a esta exigencia se aprueba la presente Ley Orgánica, si bien lo dispuesto en este punto en el Código Penal debe ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En se-

gundo término, la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

5. Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las Sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.

6. Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.

7. La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.

Y es que en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios ga-

rantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.

8. Sin embargo, la Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentos y testimonios relevantes de la causa principal. En este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Asimismo la Ley regula, para procedimientos por delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años, un régimen de intervención del perjudicado en orden a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente, sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor.

Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando pruebas, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor.

9. Conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución.

La competencia corresponde a un Juez ordinario, que, con categoría de Magistrado y preferentemente especialista, garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos en conflicto. La posición del Ministerio Fiscal es relevante, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos. El letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación.

La adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más, el superior interés del menor.

En defensa de la unidad de doctrina, el sistema de recursos ordinario se confía a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, que habrán de crearse, las cuales, con la inclusión de Magistrados especialistas, aseguran y refuerzan la efectividad de la tutela judicial en relación con las finalidades que se propone la Ley. En el mismo sentido, procede destacar la instauración del recurso de casación para unificación de doctrina, reservado a los casos de mayor gravedad, en paralelismo con el proceso penal de adultos, reforzando la garantía de la unidad de doctrina en el ámbito del derecho sancionador de menores a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

10. Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas.

La aplicación de la presente Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, prevista en el artículo 69 del Código Penal vigente, podrá ser acordada por el Juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos. Estas personas reciben, a los efectos de esta Ley, la denominación genérica de «jóvenes».

Se regulan expresamente, como situaciones que requieren una respuesta específica, los supuestos en los que el menor presente síntomas de enajenación mental o la concurrencia de otras circunstancias modificativas de su responsabilidad, debiendo promover el Ministerio Fiscal, tanto la adopción de las medidas más adecuadas al interés del menor que se encuentre en tales situaciones, como la constitución de los organismos tutelares previstos por las leyes. También se establece que las acciones u omisiones imprudentes no puedan ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

11. Con arreglo a las orientaciones expuestas, la Ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo primar nuevamente el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea, dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida. La concreta finalidad que las ciencias de la conducta exigen que se persiga con cada una de las medidas relacionadas, se detalla con carácter orientador en el apartado III de esta exposición de motivos.

12. La ejecución de las medidas judicialmente impuestas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores. Se mantiene el criterio de que el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor inmediatez que el Estado. El Juez de Menores, a instancia de las partes y oídos los equipos técnicos del propio Juzgado y de la entidad pública de la correspondiente Comunidad Au-

tónoma, dispone de amplias facultades para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas, naturalmente sin mengua de las garantías procesales que constituyen otro de los objetivos primordiales de la nueva regulación, o permitir la participación de los padres del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas.

13. Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

14. En la medida de amonestación, el Juez, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencia que para él y para la víctima han tenido o podían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro.

15. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que, en consonancia con el artículo 25.2 de nuestra Constitución, no podrá imponerse sin consentimiento del menor, consiste en realizar una actividad, durante un número de sesiones previamente fijado, bien sea en beneficio de la colectividad en su conjunto, o de personas que se encuentren en una situación de precariedad por cualquier motivo. Preferentemente, se buscará relacionar la naturaleza de la actividad en que consista esta medida con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor.

Lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo.

16. Las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas. El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda re-

orientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. La mayor o menor intensidad de tal restricción da lugar a los diversos tipos de internamiento, a los que se va a aludir a continuación. El internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores.

El internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo.

El internamiento en régimen semiabierto implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo.

El internamiento en régimen abierto implica que el menor llevará a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual.

El internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

17. En la asistencia a un centro de día, el menor es derivado a un centro plenamente integrado en la comunidad, donde se realizan actividades educativas de apoyo a su competencia social. Esta medida sirve al propósito de proporcionar a un menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél. Lo característico del centro de día es que en ese lugar es donde toma cuerpo lo esencial del proyecto socio-educativo del menor, si bien éste puede asistir también a otros lugares para hacer uso de otros recursos de ocio o culturales. El sometido a esta medida puede, por lo tanto, continuar residiendo en su hogar, o en el de su familia, o en el establecimiento de acogida.

18. En la medida de libertad vigilada, el menor infractor está sometido, durante el tiempo establecido en la sentencia, a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado con el fin de que adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. Durante el tiempo que dure la libertad vigilada, el menor también deberá cumplir las obligaciones y prohibiciones que, de acuerdo con esta Ley, el Juez puede imponerle.

19. La realización de tareas socio-educativas consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su inserción social. Puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comuni-

dad, o bien a uno creado *ad hoc* por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etcétera.

20. El tratamiento ambulatorio es una medida destinada a los menores que disponen de las condiciones adecuadas en su vida para beneficiarse de un programa terapéutico que les ayude a superar procesos adictivos o disfunciones significativas de su psiquismo. Previsto para los menores que presenten una dependencia al alcohol o las drogas, y que en su mejor interés puedan ser tratados de la misma en la comunidad, en su realización pueden combinarse diferentes tipos de asistencia médica y psicológica. Resulta muy apropiado para casos de desequilibrio psicológico o perturbaciones del psiquismo que puedan ser atendidos sin necesidad de internamiento. La diferencia más clara con la tarea socio-educativa es que ésta pretende lograr una capacitación, un logro de aprendizaje, empleando una metodología, no tanto clínica, sino de orientación psicoeducativa. El tratamiento ambulatorio también puede entenderse como una tarea socio-educativa muy específica para un problema bien definido.

21. La permanencia de fin de semana es la expresión que define la medida por la que un menor se ve obligado a permanecer en su hogar desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo, a excepción del tiempo en que realice las tareas socio-educativas asignadas por el Juez. En la práctica, combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad. Es adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana.

22. La convivencia con una persona, familia o grupo educativo es una medida que intenta proporcionar al menor un ambiente de socialización positivo, mediante su convivencia, durante un período determinado por el Juez, con una persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo que se ofrezca a cumplir la función de la familia en lo que respecta al desarrollo de pautas socio-afectivas prosociales en el menor.

23. La privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de licencias administrativas para caza o para el uso de cualquier tipo de armas, es una medida accesoria que se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que ésta necesite autorización administrativa.

24. Por último, procede poner de manifiesto que los principios científicos y los criterios educativos a que han de responder cada una de las medidas, aquí sucintamente expuestos, se habrán de regular más extensamente en el Reglamento que en su día se dicte en desarrollo de la presente Ley Orgánica.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. *Declaración general.*

1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

2. También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma.

3. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

4. Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando esta Ley se refiera genéricamente al menor o a los menores, se entenderá que lo hace a todos los incluidos en su ámbito de aplicación.

TÍTULO I

Del ámbito de aplicación de la Ley

Artículo 2. *Competencia de los Jueces de Menores.*

1. Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar sus sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores.

2. Los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley.

3. La competencia corresponde al Juez de Menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley.

Artículo 3. *Régimen de los menores de catorce años.*

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Artículo 4. *Régimen de los mayores de dieciocho años.*

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la co-

misión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto.

2. Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:

1.^a Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2.^a Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal.

3.^a Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe.

3. Contra el auto que resuelva lo indicado en los apartados anteriores, cabrá recurso de apelación en el plazo de tres días, del que conocerá la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, sin previo recurso de reforma. La apelación se sustanciará conforme al régimen general establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Del mencionado auto, una vez firme, se dará traslado al Ministerio Fiscal para la tramitación del procedimiento previsto en la presente Ley.

Artículo 5. *Bases de la responsabilidad de los menores.*

1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.

2. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras *d*) y *e*), de la presente Ley.

3. Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores.

Artículo 6. *De la intervención del Ministerio Fiscal.*

Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

TÍTULO II

De las medidas

Artículo 7. *Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.*

1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con

el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.^a Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2.^a Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3.^a Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4.^a Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5.^a Obligación de residir en un lugar determinado.

6.^a Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7.^a Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

i) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

j) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

k) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

l) Amonestación. Esta medida consiste en la repreensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

m) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

2. Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el

apartado anterior de este artículo; el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en el artículo 9. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

Artículo 8. *Principio acusatorio.*

El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1 a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

Artículo 9. *Reglas para la aplicación de las medidas.*

No obstante lo establecido en el artículo 7.3, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1.^a Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

2.^a La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

3.^a La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4.^a En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá al-

canzar un máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana.

5.^a Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal.

A los efectos de este artículo, se entenderán supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal.

6.^a Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

7.^a Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras *d*) y *e*) de la misma.

Artículo 10. *De la prescripción.*

1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

2.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

3.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

4.º A los tres meses, cuando se trate de una falta.

2. Las medidas que tengan un plazo superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y el arresto con tareas de fin de semana, que prescribirán al año.

3. Los hechos delictivos cometidos por mayores de dieciocho años y menores de veintiuno prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal.

Artículo 11. *Concurso de infracciones.*

1. Al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas, teniendo en cuenta los criterios expresados en los artículos 7.3 y 9 de la presente Ley.

2. Sin embargo, cuando una misma conducta sea constitutiva de dos o más infracciones, o una conducta sea medio necesario para la comisión de otra, se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de ellas para la aplicación de la medida correspondiente.

Artículo 12. *Infracción continuada o con pluralidad de víctimas.*

En los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, el Juez impondrá a la persona sentenciada una sola medida, tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos, en la máxima extensión de aquélla conforme a las reglas del artículo 9, salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior.

Artículo 13. *Imposición de varias medidas.*

Cuando a la persona sentenciada se le impusieren varias medidas en el mismo procedimiento y no pudieran ser cumplidas simultáneamente, el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, oídos el representante del equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá sustituir todas o alguna de ellas, o establecer su cumplimiento sucesivo, sin que en este caso el plazo total de cumplimiento pueda superar el doble del tiempo por el que se le impusiere la más grave de ellas.

Artículo 14. *Modificación de la medida impuesta.*

1. El Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

Artículo 15. *Mayoría de edad del condenado.*

Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

TÍTULO III

De la instrucción del procedimiento

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

Artículo 16. *Incoación del expediente.*

1. Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley.

2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma.

3. Una vez efectuadas las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.

4. El Juez de Menores abrirá al propio tiempo la pieza separada de responsabilidad civil, que se tramitará conforme a lo establecido en las reglas del artículo 64 de esta Ley.

5. Cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 y en el 4 de esta Ley, en sus respectivos casos, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo.

Artículo 17. *Detención de los menores.*

1. Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

2. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor —de hecho o de derecho—, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

3. Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.

5. Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28.

6. El Juez competente para el procedimiento de «*habeas corpus*» en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.

Cuando el procedimiento de «*habeas corpus*» sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora.

Artículo 18. *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.*

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

Artículo 19. *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.*

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

Artículo 20. *Unidad de expediente.*

1. El Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

2. Todos los procedimientos tramitados a un mismo menor o joven se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía. De igual modo se archivarán las diligencias en el Juzgado de Menores respectivo.

3. En los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 21. Remisión al órgano competente.

Cuando el conocimiento de los hechos no corresponda a la competencia de los Juzgados de Menores, el Fiscal acordará la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente.

Artículo 22. De la incoación del expediente.

1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:

- a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.
- b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.
- c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.
- d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.
- e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.
- f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores.

2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Secretario del Juzgado de Menores, una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado al menor de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados.

3. Igualmente, el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil que se tramitará por el mismo.

Artículo 23. Actuación instructora del Ministerio Fiscal.

1. La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa.

2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquél lo solicite.

3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores

res resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.

Artículo 24. Secreto del expediente.

El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, y mediante auto motivado, podrá decretar el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor deberá, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada.

Artículo 25. Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular.

En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles.

No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia, con las siguientes facultades:

Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.

Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.

Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia; a estos efectos el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si ésta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.

Contra la denegación por el Fiscal de la personación del perjudicado en fase instructora, éste podrá reiterar su petición ante el Juzgado de Menores en el plazo de cinco días, y contra la denegación de la práctica de una prueba por el Fiscal no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de volver a solicitarla en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia.

Asimismo, con carácter previo a la remisión por el Fiscal del escrito de alegaciones con el expediente al Juzgado de Menores, el Ministerio Fiscal concederá al perjudicado que se hubiera personado un plazo de cinco días para que valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia.

Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al perjudicado personado en la causa a que manifieste lo que tenga por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas, y tras ésta se le oír en relación a los hechos probados resultantes de las mismas y a la participación del menor, sin que en ningún caso pueda realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas.

Contra los autos y providencias de los Jueces de Menores que afecten al ejercicio de las facultades reconocidas en este artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 41.2.

Contra la Sentencia dictada por el Juez de Menores, el perjudicado podrá interponer recurso de la acción de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.1, fundamentado en la incompetencia del Juzgado, la inadecuación del procedimiento, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión al perjudicado o la falta de apreciación de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos, pudiendo, si fuera necesario, solicitar su práctica, igualmente en los términos prevenidos por el artículo 41.1.

Artículo 26. Diligencias propuestas por el letrado del menor.

1. El letrado del menor solicitará del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias considere necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al letrado y pondrá en conocimiento del Juez de Menores. Con relación a las diligencias no practicadas, el letrado podrá reproducir su petición, en cualquier momento, ante el Juzgado de Menores.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el letrado proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.

3. Si las diligencias propuestas por el letrado del menor afectaren a derechos fundamentales de éste o de otras personas, el Ministerio Fiscal, de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3 de la presente Ley, sin perjuicio de la facultad del letrado de reproducir su solicitud ante el Juez de Menores en las condiciones establecidas en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 27. Informe del equipo técnico.

1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

2. El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

3. De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se

reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la cantidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

5. En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor.

6. El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.

CAPÍTULO II

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 28. *Reglas generales.*

1. El Ministerio Fiscal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro, en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los artículos 31 y siguientes de esta Ley o durante la sustanciación de los eventuales recursos.

2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor. El Juez de Menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor y el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal.

En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3. El tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento será de tres meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo.

4. Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente.

5. El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará

que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.

Artículo 29. Medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad.

Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º o 3.º del artículo 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a Derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley.

CAPÍTULO III

DE LA CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

Artículo 30. Remisión del expediente al Juez de Menores.

1. Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándosela al letrado del menor, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, y la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen.

2. En el mismo acto propondrá el Ministerio Fiscal la prueba de que intente valerse para la defensa de su pretensión procesal.

3. Asimismo, podrá proponer el Ministerio Fiscal la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas.

4. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores en su caso.

TÍTULO IV

De la fase de audiencia

Artículo 31. Apertura de la fase de audiencia.

Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales remitidos por el Ministerio Fiscal, el Juz-

gado de Menores los incorporará a sus diligencias, y procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual dará traslado al letrado del menor del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del testimonio del expediente, a fin de que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones comprensivo de los mismos extremos que el escrito del Ministerio Fiscal y proponga la prueba que considere pertinente.

Artículo 32. *Sentencia de conformidad.*

Si el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras *e*) a *m*) del apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite imponiendo la medida solicitada.

Artículo 33. *Otras decisiones del Juez de Menores.*

En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y del escrito de alegaciones del letrado del menor, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones:

- a) La celebración de la audiencia.
- b) El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones.
- c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de partculares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal.
- d) La remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto.
- e) Practicar por sí las pruebas propuestas por el letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al letrado del menor, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

Contra las precedentes resoluciones cabrán los recursos previstos en esta Ley.

Artículo 34. *Pertinencia de pruebas y señalamiento de la audiencia.*

El Juez de Menores, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que ésta se hubiere efectuado, acordará, en su caso, lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante auto de apertura de la audiencia, y señalará el día y hora en que deba comenzar ésta dentro de los diez días siguientes.

Artículo 35. *Asistentes y no publicidad de la audiencia.*

1. La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, del perjudicado que, en su caso, se haya personado, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus re-

presentantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando el Juez así lo acuerde.

2. El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación.

Artículo 36. *Conformidad del menor.*

1. El Juez de Menores informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden.

2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Si mostrase su conformidad con ambos extremos, oído el letrado del menor, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

Artículo 37. *Celebración de la audiencia.*

1. Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal y al letrado del menor a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado. Seguidamente, el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados.

2. Seguidamente se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida, y la que, previa declaración de su pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto, oyéndose asimismo al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. A continuación, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al letrado del menor sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oirá también al equipo técnico. Por último, el Juez oirá al menor, dejando la causa vista para sentencia.

3. En su caso, en este procedimiento se aplicará lo dispuesto en la legislación relativa a la protección de testigos y peritos en causas penales.

4. Si en el transcurso de la audiencia el Juez considerara, de oficio o a solicitud de las partes, que el interés del menor aconseja que éste abandone la sala, po-

drá acordarlo así motivadamente, ordenando que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retornar a aquélla.

TÍTULO V

De la sentencia

Artículo 38. *Plazo para dictar sentencia.*

Finalizada la audiencia, el Juez de Menores dictará sentencia sobre los hechos sometidos a debate en un plazo máximo de cinco días.

Artículo 39. *Contenido y registro de la sentencia.*

1. La sentencia contendrá todos los requisitos previstos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y en ella, valorando las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Ministerio Fiscal y por el letrado del menor y lo manifestado en su caso por éste, tomando en consideración las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y la edad de éste en el momento de dictar la sentencia, resolverá sobre la medida o medidas propuestas, con indicación expresa de su contenido, duración y objetivos a alcanzar con las mismas, y será motivada, consignando expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial. También podrá ser anticipado oralmente el fallo al término de las sesiones de la audiencia sin perjuicio de su documentación con arreglo al artículo 248.3 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. El Juez, al redactar la sentencia, procurará expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor.

3. Cada Juzgado de Menores llevará un registro de sentencias en el cual se extenderán y firmarán todas las definitivas.

Artículo 40. *Suspensión de la ejecución del fallo.*

1. El Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia, o por auto motivado cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma.

2. Las condiciones a las que estará sometida la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia dictada por el Juez de Menores serán las siguientes:

a) No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión.

b) Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.

c) Además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

3. Si las condiciones expresadas en el apartado anterior no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos. Contra la resolución que así lo acuerde se podrán interponer los recursos previstos en esta Ley.

TÍTULO VI

Del régimen de recursos

Artículo 41. *Recursos de apelación y reforma.*

1. Contra la sentencia dictada por el Juez de Menores en el procedimiento regulado en esta Ley cabe recurso de apelación ante la Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, que se interpondrá ante el Juez que dictó aquélla en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, y se resolverá previa celebración de vista pública, salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima, el Juez acuerde que se celebre a puerta cerrada. A la vista deberán asistir las partes y, si el Tribunal lo considera oportuno, el representante del equipo técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que hayan intervenido en el caso concreto. El recurrente podrá solicitar de la Sala la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Contra los autos y providencias de los Jueces de Menores cabe recurso de reforma ante el propio órgano, que se interpondrá en el plazo de tres días a partir de la notificación. El auto que resuelva la impugnación de la providencia será susceptible de recurso de apelación.

3. Contra los autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan el incidente de los artículos 14, 28, 29 y 40 de esta Ley, cabe recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia por los trámites que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado.

Artículo 42. *Recurso de casación para unificación de doctrina.*

1. Son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refieren las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9 de la presente Ley.

2. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación por las mencionadas Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre sí con las de otra u otras Salas de Menores de los referidos Tribunales Superiores, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del me-

nor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.

3. El recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o el letrado del menor que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, en escrito dirigido a la misma.

4. El escrito de interposición deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en la sentencia.

5. Acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia ante quien se haya interpuesto el recurso requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala.

6. Cuando la parte recurrente hubiese incumplido de modo manifiesto e insubsanable a criterio del Tribunal Supremo los requisitos establecidos para el recurso o cuando la pretensión carezca de contenido casacional, el Magistrado ponente dará cuenta a la Sala de la causa de inadmisión y aquella acordará oír al recurrente y al Ministerio Fiscal, cuando éste no hubiera interpuesto el recurso, por plazo de tres días, dictando seguidamente auto contra el que no cabrá recurso alguno.

7. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituida en forma ordinaria, convocará a la parte recurrente, y en todo caso al Ministerio Fiscal, a una vista oral, en la que oírás las alegaciones que se efectúen y podrá solicitar informe a la entidad pública de protección o reforma de menores del territorio donde ejerza su jurisdicción el Juzgado que dictó la resolución impugnada, y, en su caso, a aquella a la que corresponda la ejecución de la misma, dictando seguidamente la sentencia de casación del modo y con los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

8. También, y en unificación de doctrina y por los mismos trámites, el Ministerio Fiscal podrá recurrir en casación, los autos definitivos dictados por las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción dictadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica.

TÍTULO VII

De la ejecución de las medidas

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 43. *Principio de legalidad.*

1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma.

2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.

Artículo 44. Competencia judicial.

1. La ejecución de las medidas previstas en esta Ley se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso.

2. Para ejercer el control de la ejecución, corresponden especialmente al Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, las funciones siguientes:

a) Adoptar todas las decisiones que sean necesarias para proceder a la ejecución efectiva de las medidas impuestas.

b) Resolver las propuestas de revisión de las medidas a que se refiere el artículo 14 de esta Ley.

c) Aprobar los programas de ejecución de las medidas.

d) Conocer de la evolución de los menores durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas.

e) Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas para la ejecución de las medidas, conforme establece el artículo 52 de esta Ley.

f) Acordar lo que proceda en relación a las peticiones o quejas que puedan plantear los menores sancionados sobre el régimen, el tratamiento o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a sus derechos fundamentales.

g) Realizar regularmente visitas a los centros y entrevistas con los menores.

h) Formular a la entidad pública de protección o reforma de menores correspondiente las propuestas y recomendaciones que considere oportunas en relación con la organización y el régimen de ejecución de las medidas.

i) Adoptar las resoluciones que, en relación con el régimen disciplinario, les atribuye el artículo 60 de esta Ley.

Artículo 45. Competencia administrativa.

1. La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley.

2. La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo siguiente.

3. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o 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.

CAPÍTULO II

REGLAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

Artículo 46. *Liquidación de la medida y traslado del menor a un centro.*

1. Una vez firme la sentencia y aprobado el programa de ejecución de la medida impuesta, el Secretario del Juzgado que la hubiere dictado practicará la liquidación de dicha medida, indicando las fechas de inicio y de terminación de la misma, con abono en su caso del tiempo cumplido por las medidas cautelares impuestas al interesado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 28.5. Al propio tiempo, abrirá un expediente de ejecución en el que se harán constar las incidencias que se produzcan en el desarrollo de aquella conforme a lo establecido en la presente Ley.

2. De la liquidación mencionada en el apartado anterior y del testimonio de particulares que el Juez considere necesario y que deberá incluir los informes técnicos que obren en la causa, se dará traslado a la entidad pública de protección o reforma de menores competente para el cumplimiento de las medidas acordadas en la sentencia firme. También se notificará al Ministerio Fiscal el inicio de la ejecución, y al letrado del menor si así lo solicitara del Juez de Menores.

3. Recibidos por la entidad pública el testimonio y la liquidación de la medida indicados en el apartado anterior, aquella designará de forma inmediata un profesional que se responsabilizará de la ejecución de la medida impuesta, y, si ésta fuera de internamiento, designará el centro más adecuado para su ejecución de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso. El traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juez de Menores que haya dictado la sentencia.

Artículo 47. *Ejecución de varias medidas.*

1. Cuando el menor estuviere sometido a varias medidas, el Juez que hubiere dictado la última sentencia firme ordenará el cumplimiento de aquéllas de manera simultánea.

2. Cuando todas o algunas de las medidas impuestas no puedan ser cumplidas simultáneamente, se cumplirán sucesivamente, de conformidad con las reglas siguientes, salvo que el Juez disponga un orden distinto atendiendo al interés del menor:

1.^a Las medidas de internamiento se cumplirán antes que las medidas no privativas de libertad, y, en su caso, interrumpirán las que se estuvieron ejecutando que fueran de esta última naturaleza.

2.^a Cuando concurriera el internamiento terapéutico con otra medida, se impondrá en primer término la medida de internamiento terapéutico. El Juez suspenderá, en su caso, el inicio de la ejecución de las medidas posteriormente im-

puestas hasta que aquélla finalice o sea alzada, salvo que se haga uso de la facultad establecida en el artículo 14 de la presente Ley.

3.^a En los supuestos previstos en la regla 5.^a del artículo 9, la medida de libertad vigilada habrá de suceder a la medida de internamiento en régimen cerrado, conforme a la dicción del mencionado precepto.

4.^a Cuando concurren varias medidas de la misma naturaleza, se cumplirán por orden cronológico de firmeza de las respectivas sentencias.

5.^a Cuando el joven cumpla medidas previstas por esta Ley y sea condenado a medidas o penas del Código Penal, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento simultáneo de las mismas, si ello fuera posible. En caso contrario, la pena de prisión se cumplirá a continuación de la medida de internamiento que se esté ejecutando, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, tratándose de una condena por delitos graves y atendidas las circunstancias del joven, ordene la inmediata ejecución de la pena de prisión impuesta.

3. El Juez, previa audiencia de las partes e informe del equipo técnico, podrá alterar el orden de cumplimiento previsto en el apartado anterior cuando así lo hiciera aconsejable el interés del menor.

Artículo 48. *Expediente personal de la persona sometida a la ejecución de una medida.*

1. La entidad pública abrirá un expediente personal único a cada menor respecto del cual tenga encomendada la ejecución de una medida, en el que se recogerán los informes relativos a aquél, las resoluciones judiciales que le afecten y el resto de la documentación generada durante la ejecución.

2. Dicho expediente tendrá carácter reservado y solamente tendrán acceso al mismo el Defensor del Pueblo o institución análoga de la correspondiente Comunidad Autónoma, los Jueces de Menores competentes, el Ministerio Fiscal y las personas que intervengan en la ejecución y están autorizadas por la entidad pública de acuerdo con sus normas de organización. El menor, su letrado y, en su caso, su representante legal, también tendrán acceso al expediente.

3. La recogida, cesión y tratamiento automatizado de datos de carácter personal de las personas a las que se aplique la presente Ley, sólo podrá realizarse en ficheros informáticos de titularidad pública dependientes de las entidades públicas de protección de menores, Administraciones y Juzgados de Menores competentes o del Ministerio Fiscal, y se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus normas de desarrollo.

Artículo 49. *Informes sobre la ejecución.*

1. La entidad pública remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal, con la periodicidad que se establezca reglamentariamente en cada caso y siempre que fuese requerida para ello o la misma entidad lo considerase necesario, informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a las mismas. Dichos informes se remitirán también al letrado del menor si así lo solicitare a la entidad pública competente.

2. En los indicados informes la entidad pública podrá solicitar del Ministerio Fiscal, cuando así lo estime procedente, la revisión judicial de las medidas en el sentido propugnado por el artículo 14.1 de la presente Ley.

Artículo 50. Quebrantamiento de la ejecución.

1. Cuando el menor quebrantara una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente.

2. Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.

3. Asimismo, el Juez de Menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.

Artículo 51. Sustitución de las medidas.

1. Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores que las haya impuesto podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquéllas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 14 de la presente Ley.

2. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

3. En todos los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

Artículo 52. Presentación de recursos.

1. Cuando el menor pretenda interponer ante el Juez de Menores recurso contra cualquier resolución adoptada durante la ejecución de las medidas que le hayan sido impuestas, lo presentará de forma escrita ante el Juez o Director del centro de internamiento, quien la pondrá en conocimiento de aquél dentro del siguiente día hábil.

El menor también podrá presentar un recurso ante el Juez de forma verbal, o manifestar de forma verbal su intención de recurrir al Director del centro, quien dará traslado de esta manifestación al Juez de Menores en el plazo indicado. En este último caso, el Juez de Menores adoptará las medidas que resulten procedentes a fin de oír la alegación del menor.

El letrado del menor también podrá interponer los recursos, en forma escrita, ante las autoridades indicadas en el párrafo primero.

2. El Juez de Menores recabará informe del Ministerio Fiscal y resolverá el recurso en el plazo de dos días, mediante auto motivado. Contra este auto cabrá recurso de apelación ante la Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la presente Ley.

Artículo 53. *Cumplimiento de la medida.*

1. Una vez cumplida la medida, la entidad pública remitirá a los destinatarios designados en el artículo 49.1 un informe final, y el Juez de Menores dictará auto acordando lo que proceda respecto al archivo de la causa. Dicho auto será notificado al Ministerio Fiscal y al letrado del menor.

2. El Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, podrá instar de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores, una vez cumplida la medida impuesta, que se arbitren los mecanismos de protección del menor conforme a las normas del Código Civil, cuando el interés de aquél así lo requiera.

CAPÍTULO III

REGLAS ESPECIALES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Artículo 54. *Centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad.*

1. Las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestos a los mayores de edad penal.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera. En todo caso se requerirá la previa autorización del Juez de Menores.

3. Los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.

Artículo 55. *Principio de resocialización.*

1. Toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad.

2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente.

3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.

Artículo 56. Derechos de los menores internados.

1. Todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena, especialmente los inherentes a la minoría de edad civil cuando sea el caso.

2. En consecuencia, se reconocen a los menores internados los siguientes derechos:

a) Derecho a que la entidad pública de la que depende el centro vele por su vida, su integridad física y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor arbitrario o innecesario en la aplicación de las normas.

b) Derecho del menor de edad civil a recibir una educación y formación integral en todos los ámbitos y a la protección específica que por su condición le dispensan las leyes.

c) Derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad, a ser designados por su propio nombre y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros.

d) Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales que les correspondan, salvo cuando sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena.

e) Derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo a su régimen de internamiento, y a no ser trasladados fuera de su Comunidad Autónoma excepto en los casos y con los requisitos previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo.

f) Derecho a la asistencia sanitaria gratuita, a recibir la enseñanza básica obligatoria que corresponda a su edad, cualquiera que sea su situación en el centro, y a recibir una formación educativa o profesional adecuada a sus circunstancias.

g) Derecho de los sentenciados a un programa de tratamiento individualizado y de todos los internados a participar en las actividades del centro.

h) Derecho a comunicarse libremente con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley y sus normas de desarrollo.

i) Derecho a comunicarse reservadamente con sus letrados, con el Juez de Menores competente, con el Ministerio Fiscal y con los servicios de Inspección de centros de internamiento.

j) Derecho a una formación laboral adecuada, a un trabajo remunerado, dentro de las responsabilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que pudieran corresponderles, cuando alcancen la edad legalmente establecida.

k) Derecho a formular peticiones y quejas a la Dirección del centro, a la entidad pública, a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo o institución análoga de su Comunidad Autónoma y a presentar todos los recursos legales que prevé esta Ley ante el Juez de Menores competente, en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

l) Derecho a recibir información personal y actualizada de sus derechos y obligaciones, de su situación personal y judicial, de las normas de funcionamiento interno de los centros que los acojan, así como de los procedimientos concretos para hacer efectivos tales derechos, en especial para formular peticiones, quejas o recursos.

m) Derecho a que sus representantes legales sean informados sobre su situación y evolución y sobre los derechos que a ellos les corresponden, con los únicos límites previstos en esta Ley.

n) Derecho de las menores internadas a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Artículo 57. *Deberes de los menores internados.*

Los menores internados estarán obligados a:

a) Permanecer en el centro a disposición de la autoridad judicial competente hasta el momento de su puesta en libertad, sin perjuicio de las salidas y actividades autorizadas que puedan realizar en el exterior.

b) Recibir la enseñanza básica obligatoria que legalmente les corresponda.

c) Respetar y cumplir las normas de funcionamiento interno del centro y las directrices o instrucciones que reciban del personal de aquél en el ejercicio legítimo de sus funciones.

d) Colaborar en la consecución de una actividad ordenada en el interior del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia todos, dentro y fuera del centro, en especial hacia las autoridades, los trabajadores del centro y los demás menores internados.

e) Utilizar adecuadamente las instalaciones del centro y los medios materiales que se pongan a su disposición.

f) Observar las normas higiénicas y sanitarias, y sobre vestuario y aseo personal, establecidas en el centro.

g) Realizar las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y la limpieza del mismo.

h) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad.

Artículo 58. *Información y reclamaciones.*

1. Los menores recibirán, a su ingreso en el centro, información escrita sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en el que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La información se les facilitará en un idioma que entiendan. A los que tengan cualquier género de dificultad para comprender el contenido de esta información se les explicará por otro medio adecuado.

2. Todos los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, en sobre abierto o cerrado, peticiones y quejas a la entidad pública sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al Director del centro, el cual las atenderá si son de su competen-

cia o las pondrá en conocimiento de la entidad pública o autoridades competentes, en caso contrario.

Artículo 59. Medidas de vigilancia y seguridad.

1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca reglamentariamente, inspecciones de los locales y dependencias, así como registros de personas, ropas y enseres de los menores internados.

2. De igual modo se podrán utilizar exclusivamente los medios de contención que se establezcan reglamentariamente para evitar actos de violencia o lesiones de los menores, para impedir actos de fuga y daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo.

Artículo 60. Régimen disciplinario.

1. Los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente en los casos y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, de acuerdo con los principios de la Constitución, de esta Ley y del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respetando en todo momento la dignidad de aquéllos y sin que en ningún caso se les pueda privar de sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas, previstos en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

2. Las faltas disciplinarias se clasificarán en muy graves, graves y leves, atendiendo a la violencia desarrollada por el sujeto, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas.

3. Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas muy graves serán las siguientes:

- a) La separación del grupo por un período de tres a siete días en casos de evidente agresividad, violencia y alteración grave de la convivencia.
- b) La separación del grupo durante tres a cinco fines de semana.
- c) La privación de salidas de fin de semana de quince días a un mes.
- d) La privación de salidas de carácter recreativo por un período de uno a dos meses.

4. Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas graves serán las siguientes:

- a) Las mismas que en los cuatro supuestos del apartado anterior, con la siguiente duración: dos días, uno o dos fines de semana, uno a quince días, y un mes respectivamente.
- b) La privación de participar en las actividades recreativas del centro durante un período de siete a quince días.

5. Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas leves serán las siguientes:

- a) La privación de participar en todas o algunas de las actividades recreativas del centro durante un período de uno a seis días.
- b) La amonestación.

6. La sanción de separación supondrá que el menor permanecerá en su habitación o en otra de análogas características a la suya, durante el horario de actividades del centro, excepto para asistir, en su caso, a la enseñanza obligatoria, recibir visitas y disponer de dos horas de tiempo al día al aire libre.

7. Las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas, antes del inicio de su cumplimiento, ante el Juez de Menores. A tal fin, el menor sancionado podrá presentar el recurso por escrito o verbalmente ante el Director del establecimiento, quien, en el plazo de veinticuatro horas, remitirá dicho escrito o testimonio de la queja verbal, con sus propias alegaciones, al Juez de Menores, y éste, en el término de una audiencia y oído el Ministerio Fiscal, dictará auto, confirmando, modificando o anulando la sanción impuesta, sin que contra dicho auto quepa recurso alguno. El auto, una vez notificado al establecimiento, será de ejecución inmediata. En tanto se sustancia el recurso, en el plazo de dos días, la entidad pública ejecutora de la medida podrá adoptar las decisiones precisas para restablecer el orden alterado, aplicando al sancionado lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo.

El letrado del menor también podrá interponer los recursos a que se refiere el párrafo anterior.

TÍTULO VIII

De la responsabilidad civil

Artículo 61. *Reglas generales.*

1. La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados.

3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

Artículo 62. *Extensión de la responsabilidad civil.*

La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente.

Artículo 63. Responsabilidad civil de los aseguradores.

Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda.

Artículo 64. Reglas de procedimiento.

Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1.^a Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, procederá a abrir una pieza separada de responsabilidad civil, notificando a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2.^a En la pieza de referencia podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3.^a El Juez de Menores notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4.^a Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores dictará auto acordando el inicio del procedimiento, en el que se señalarán las partes actoras y demandadas, según lo que se haya solicitado por los actores y se desprenda del expediente, y concederá un plazo de diez días a los demandantes para que presenten un escrito con sus pretensiones y propongan la prueba que consideren necesaria, incluida la confesión en juicio y la de testigos.

5.^a Transcurrido dicho plazo, el Juez de Menores dará traslado del escrito a los demandados, quienes en un plazo de diez días deberán contestar a la demanda y proponer a su vez la prueba que consideren necesaria.

6.^a El Juez, inmediatamente que tenga en su poder los escritos de unos y de otros, convocará a los demandantes y a los demandados a una vista oral en la que aquéllos y éstos, por su orden, expondrán sus pretensiones y sus alegaciones sobre todo aquello que consideren relevante al objeto del proceso. En el mismo acto se admitirán las pruebas pertinentes y se practicarán las pruebas propuestas. No podrá rechazarse la confesión en juicio o la prueba testifical por el hecho de haber sido ya practicadas en el expediente principal.

7.^a El Juez, de oficio, mandará unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevantes para su decisión.

8.^a Una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recaída otra resolución definitiva, el Juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles, con el contenido indicado en el artículo 115 del vigente Código Penal.

9.^a Contra la sentencia indicada en el apartado anterior cabrá recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, que se sustanciará por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda. Una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil.

10. La sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor.

11. En la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero, si fuere solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquél.

Disposición adicional primera. Aplicación en la Jurisdicción Militar.

Lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley se aplicará a quienes hubieren cometido delitos o faltas de los que deba conocer la Jurisdicción Militar, conforme a lo que se establezca sobre el particular en las leyes penales militares.

Disposición adicional segunda. Aplicación de medidas en casos de riesgo para la salud.

Cuando los Jueces de Menores aplicaren alguna de las medidas terapéuticas a las que se refieren los artículos 5.2, 7.1 y 29 de esta Ley, en caso de enfermedades transmisibles u otros riesgos para la salud de los menores o de quienes con ellos convivan, podrán encomendar a las autoridades o Servicios de Salud correspondientes su control y seguimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Disposición adicional tercera. Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley.

En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.

Disposición transitoria única. Régimen transitorio.

1. A los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley por los menores sujetos a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que se deroga, les será de aplicación la legislación vigente en el momento de su comisión. Quienes estuvieren cumpliendo una medida de las previstas en la citada Ley Orgánica 4/1992 continuarán dicho cumplimiento hasta la extinción de la responsabilidad en las condiciones previstas en dicha Ley.

2. A la entrada en vigor de la presente Ley, cesará inmediatamente el cumplimiento de todas las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1992 que estuvieren

cumpliendo personas menores de catorce años, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades.

3. A los menores de dieciocho años, juzgados con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal de 1973, en las leyes penales especiales derogadas o en la disposición derogatoria del Código Penal vigente, a quienes se hubiere impuesto una pena de dos años de prisión menor o una pena de prisión superior a dos años, que estuvieren pendientes de cumplimiento a la entrada en vigor de la presente Ley, dichas penas les serán sustituidas por alguna de las medidas previstas en esta Ley, a instancia del Ministerio Fiscal, previo informe del equipo técnico o de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores. A tal efecto, se habrá de dar traslado al Ministerio Fiscal de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las penas impuestas a los menores comprendidos en los supuestos previstos en este apartado.

4. Si, en los supuestos a los que se refiere el apartado anterior, la pena impuesta o pendiente de cumplimiento fuera de prisión inferior a dos años o de cualquiera otra naturaleza, se podrá imponer al condenado una medida de libertad vigilada simple por el tiempo que restara de cumplimiento de la condena, si el Juez de Menores, a petición del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor, su representante legal, la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores y el propio sentenciado, lo considerara acorde con la finalidad educativa que persigue la presente Ley. En otro caso, el Juez de Menores podrá tener por cumplida la pena y extinguida la responsabilidad del sentenciado.

5. Las decisiones del Juez de Menores a que se refieren los apartados anteriores se adoptarán en auto recurrible directamente en apelación, en el plazo de cinco días hábiles, ante la Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

6. En los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la presente Ley, en los que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la misma.

Si el imputado lo fuere por hechos cometidos cuando era mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, el Juez instructor acordará lo que proceda, según lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley.

Disposición final primera. *Derecho supletorio.*

Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.*

1. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado», elevará al Parlamento un proyecto de ley orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Jus-

ticia y para la adecuación de la regulación y competencia de los Juzgados de Menores y de la composición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a lo establecido en la presente Ley.

2. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado», elevará al Parlamento un proyecto de Ley de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a fin de adecuar la organización del Ministerio Fiscal a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final tercera. *Reformas en materia de personal.*

1. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas afectadas, en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado» adoptará las disposiciones oportunas para adecuar la planta de los Juzgados de Menores y las plantillas de las Carreras Judicial y Fiscal a las necesidades orgánicas que resulten de la aplicación de lo dispuesto en la presente Ley.

2. Las plazas de Jueces de Menores deberán ser servidas necesariamente por Magistrados pertenecientes a la Carrera Judicial. A la entrada en vigor de esta Ley los titulares de un Juzgado de Menores que ostenten la categoría de Juez deberán cesar en dicho cargo, quedando, en su caso, en la situación que prevé el artículo 118.2 y concordantes de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, procediéndose a cubrir tales plazas por concurso ordinario entre Magistrados.

3. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, a través de las correspondientes Consejerías, adecuarán las plantillas de funcionarios de la Administración de Justicia a las necesidades que presenten los Juzgados y las Fiscalías de Menores para la aplicación de la presente Ley, y determinarán el número de los equipos técnicos adscritos a los Juzgados y Fiscalías de Menores, su composición y la plantilla de los mismos.

4. Asimismo, el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, adecuará las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial, con objeto de establecer la adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos por esta Ley.

5. El Gobierno a través del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, y en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado», adoptará las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses.

Disposición final cuarta. *Especialización de Jueces, Fiscales y abogados.*

1. El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos.

2. En todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determine reglamentariamente.

3. El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que deseen adquirir la especialización en materia de menores a fin de intervenir ante los órganos de esta Jurisdicción.

Disposición final quinta. *Cláusula derogatoria.*

1. Se derogan: la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, Texto Refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, modificada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio; los preceptos subsistentes del Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; la disposición transitoria duodécima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y los artículos 8.2, 9.3, la regla 1.ª del artículo 20, en lo que se refiere al número 2.º del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22 y el artículo 65 del Texto Refundido del Código Penal, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

2. Quedan asimismo derogadas cuantas otras normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final sexta. *Naturaleza de la presente Ley.*

Los artículos 16, 20, 21, 23 a 27, 30 a 35, 37 a 39, 41, 42 y 61 a 64, la disposición adicional tercera y la disposición final tercera de la presente Ley Orgánica tienen naturaleza de ley ordinaria.

Disposición final séptima. *Entrada en vigor y desarrollo reglamentario.*

1. La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». En dicha fecha entrarán también en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. Durante el plazo mencionado en el apartado anterior, las Comunidades Autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores adaptarán su normativa para la adecuada ejecución de las funciones que les otorga la presente Ley.

ORDEN DE 7 DE FEBRERO DE 2000, POR LA QUE SE INCLUYEN DETERMINADOS PRINCIPIOS ACTIVOS EN LA LISTA I ANEXA A LA CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961, EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES

(«BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 2000)

La Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, durante su 42.º Período de Sesiones, en su 1163.ª Sesión, celebrada el 16 de marzo de 1999, adoptó

la Decisión 42/1, que fue comunicada a nuestro país por el secretario general de Naciones Unidas el 31 de mayo de 1999. Mediante dicha Decisión se acuerda la inclusión de las sustancias Remifentanil y Dihidroetorfina en la lista I anexa a la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes.

La sustancia estupefaciente Remifentanil ha sido ya registrada como medicamento en España y desde dicho momento se le están aplicando las prescripciones de Lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Por el contrario, la Dihidroetorfina no existe, hasta el momento, como tal especialidad farmacéutica registrada en nuestro país.

En virtud de lo anteriormente expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 3 (apartado iii) y 7 del artículo 3 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 21 del Capítulo I de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Estupefacientes, dispongo:

Primero.—Se incluyen en la Lista I anexa a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes las siguientes sustancias:

Remifentanil, de fórmula: Éster metílico del ácido 1-(2-metoxicarboniletil)-4-(fenilpropionilamino)-piperidina-4-carboxílico.

Dihidroetorfina, de fórmula: 7,8-dihidro-7-a-[1-(R)-hidroxi-1 metilbutil] 6,14-endo-etanotetrahidrooripavina.

Segundo.—A ambas sustancias, así como a sus sales, ésteres, éteres e isómeros, que de las mismas sea posible su formación, les son de aplicación lo que sigue:

a) Las entidades fabricantes o importadoras, a la entrada en vigor de esta Orden, procederán a declarar a la Agencia Española del Medicamento (AEM) las existencias de producto en su poder.

b) Las previsiones de fabricación, importación o exportación de tales productos se someterán a la previa autorización de la AEM.

c) La tenencia, comercialización y distribución de las referidas sustancias y/o preparados se ajustará a lo previsto en la normativa vigente para sustancias estupefacientes de la Lista I anexa a la Convención Única de 1961.

d) Los laboratorios titulares de especialidades farmacéuticas en cuya composición figure alguno de dichos principios activos, así como los almacenes de distribución farmacéutica, las oficinas de farmacia y los servicios de farmacia hospitalaria, procederán a declarar a la División de Estupefacientes de la Agencia Española del Medicamento, las existencias de estos fármacos y de sustancias, en su caso, al tiempo que proceden al inventario de dichas existencias en la forma legalmente establecida.

e) Las especialidades farmacéuticas actualmente comercializadas que contengan dichas sustancias, a la entrada en vigor de la presente Orden serán distribuidas, prescritas, dispensadas y controladas con sujeción a la normativa legal exigida para los preparados y productos de la Lista I de Estupefacientes.

f) En el plazo de treinta días, los laboratorios de especialidades farmacéuticas procederán a adecuar el material de acondicionamiento de sus preparados que contengan las mencionadas sustancias a lo dispuesto sobre sustancias estupefacientes.

Tercero.—La presente Orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REAL DECRETO 316/2000, DE 3 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICAN ALGUNOS PRECEPTOS DEL REGLAMENTO DE ARMAS, APROBADO POR REAL DECRETO 137/1993, DE 29 DE ENERO, RELATIVOS A LAS LICENCIAS Y A LAS REVISTAS DE ARMAS

(«BOE» núm. 55, de 4 de marzo de 2000)

La frecuencia con que actualmente se lleva a cabo la expedición de licencias de armas de personas mayores de sesenta y de setenta años –con periodicidad bienal y anual respectivamente–, y, asimismo, el gran número de trámites administrativos globalmente necesarios para realizar la denominada revista de todas las armas reglamentariamente documentadas, genera un cúmulo de obligaciones para los titulares de las licencias y de las armas y una carga considerable de actuaciones para la Guardia Civil, que no producen una repercusión proporcional en beneficio del mantenimiento de la seguridad pública.

Frente a ello, la Administración pública debe reaccionar vinculada por un principio de economía y perfeccionamiento de sus relaciones con los particulares y por otro principio, concurrente con el anterior, de simplificación y de eficacia de sus actuaciones, y en cualesquiera de sus ámbitos competenciales, y también en materia de armas, siempre que en este caso no puedan resultar menguados por ningún concepto los niveles de contribución a la seguridad pública, alcanzados con la aplicación de la reglamentación vigente en la materia.

Consecuentemente, se considera obligado revisar el proceso de racionalización de los requisitos y de mejora del procedimiento de expedición de licencias de armas a mayores de sesenta y de setenta años, así como de realización de los trámites de revistas de armas, atendiendo a las justificadas quejas y peticiones de las personas afectadas, y especialmente a los planteamientos efectuados en distintas instancias por las Federaciones, Nacional y Autonómicas, de Caza, en representación de un numeroso colectivo de cazadores de todas las edades, así como el compromiso contraído por el Gobierno, en la misma línea de preocupaciones, teniendo en cuenta la proposición no de Ley aprobada por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, con fecha 5 de noviembre de 1998.

Todo ello se lleva a cabo mediante un triple mecanismo de unificación: de la duración de las licencias expedidas a mayores de sesenta y de setenta años, que será idéntica a la de las licencias concedidas a los demás ciudadanos, manteniéndose la vigencia de aquéllas mediante la obtención de simples visados de la autoridad competente, bienales y anuales, respectivamente; de la vigencia de las licencias para rifles, que será igual que la de las licencias para escopetas; y de los procedimientos de renovación de las licencias, que se refundirán con los trámites de las revistas de armas; modificándose a tales efectos los preceptos pertinentes del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

En su virtud, a propuesta del Ministro del Interior, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 3 de marzo de 2000, dispongo:

Artículo 1.

Los preceptos que se mencionan del Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, quedan redactados en la forma que para cada uno de ellos se expresa a continuación:

«Artículo 90.1.

Las armas de la 1.ª categoría, y todas las de concurso, pasarán revista cada tres años. Las demás armas que precisen guía de pertenencia, pasarán revista cada cinco años. En ambos casos, las revistas se pasarán en el momento de presentar las solicitudes de renovación de las correspondientes licencias de armas de los titulares de aquéllas.»

«Artículo 100.2.

Nadie podrá poseer más de una licencia D, que tendrá cinco años de validez y autorizará para llevar y usar hasta cinco armas de la categoría 2.ª, 2.»

«Artículo 104.1.

Para mantener la vigencia de las licencias de armas con la duración determinada en los artículos anteriores, las expedidas a mayores de sesenta años necesitarán ser visadas cada dos años por la autoridad competente, previa aportación por el interesado de informe favorable, expedido por un centro de reconocimiento autorizado o, en su caso, previa superación de las correspondientes pruebas complementarias de aptitud. Respecto a las expedidas a mayores de setenta años, dicha formalidad deberá efectuarse con carácter anual.

2. En los supuestos en que, al tiempo de la expedición de la licencia, por razones de posible evolución de enfermedad o defecto físico del solicitante susceptible de agravarse, se compruebe, a través de informe de aptitud o de pruebas complementarias, que no es posible expedirla para la totalidad del plazo normal de vigencia, la autoridad competente podrá condicionar el mantenimiento de dicha vigencia a la acreditación, con la periodicidad que la propia autoridad determine, de la aptitud psicofísica necesaria, mediante la aportación de nuevos informes de aptitud o la realización de nuevas pruebas complementarias, lo que, en su caso, se hará constar en las licencias mediante los correspondientes visados.

3. Para los supuestos contemplados en este artículo, el Ministerio del Interior aprobará un modelo especial de licencia de armas, con espacio suficiente destinado a la consignación de los sucesivos visados gubernativos.»

Artículo 2.

Se adiciona un párrafo nuevo al artículo 97.1 del Reglamento de Armas, del tenor literal siguiente:

«Cuando se trate de la obtención de licencias sucesivas, el solicitante que sea titular de armas correspondientes a la licencia que se solicita habrá de presentar, con la solicitud de nueva concesión, el arma o armas documentadas, personalmente o por medio de tercero autorizado por escrito y que cuente con licencia correspondiente al arma o armas de que se trate, a efectos de revista.»

Disposición transitoria primera.

Los titulares de licencias de armas, que hubieran pasado revista del arma o armas correspondientes durante los doce meses anteriores al de la entrada en vigor del presente Real Decreto, no tendrán obligación de presentar las armas a revista, salvo requerimiento especial de la Intervención de Armas competente, cuando soliciten la primera renovación de las licencias, posterior a dicha entrada en vigor.

Disposición transitoria segunda.

No serán aplicables las ampliaciones de vigencia dispuestas por el presente Real Decreto, a las licencias expedidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mismo, las cuales mantendrán la vigencia temporal para la que fueron concedidas.

Disposición transitoria tercera.

Las personas que, a la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto, o con posterioridad, fueren titulares de licencia D, de armas largas rayadas para caza mayor, y de licencia E, para escopetas y demás armas de las categorías 3.^a y 7.^a, 2 y 3, con fechas distintas de caducidad, con objeto de unificar para lo sucesivo el transcurso de los plazos de vigencia de ambas licencias, podrán instar conjuntamente la iniciación de los dos procedimientos de renovación, solicitando voluntariamente, con la renovación necesaria de la licencia que hubiera caducado, la de la licencia que todavía se encontrase en vigor.

Disposición final única.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 7/2000, DE 22 DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TERRORISMO.

(«BOE» núm. 307, de 23 diciembre de 2000)

La Ley es el instrumento más valioso con el que cuenta el Estado de Derecho para que los derechos y libertades de los ciudadanos proclamados por la Constitución sean reales y efectivos.

Siendo esto especialmente relevante frente al terrorismo, los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban.

Para dar una respuesta efectiva a estas necesidades desde el ordenamiento jurídico, mediante los instrumentos ordinarios que nuestra Constitución admite y demanda, la presente Ley reforma algunas de las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como de la Ley 5/2000, de 12

de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, por las razones y con los contenidos que más adelante se detallan.

La estructura del presente texto normativo es sencilla, con un primer artículo en el que se contienen todas las modificaciones que afectan al Código Penal y un artículo segundo en el que se detallan los cambios que afectan a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Los preceptos del Código Penal que se modifican son los artículos 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579. Conviene, sin embargo, referirse a los mismos examinando brevemente las líneas básicas que resumen la presente reforma.

En primer término, cabe mencionar la modificación del artículo 577, que se ocupa del denominado «terrorismo urbano». En su actual redacción, dicho artículo tipifica las acciones de los que, sin pertenecer a banda armada, comparten sus fines y contribuyen a subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública.

La experiencia demuestra, sin embargo, que estas previsiones no están cumpliendo el objetivo perseguido. Por una parte, porque los sucesos de terrorismo urbano sólo vienen considerados como tales en el caso de que exista riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Por otra, porque la actual legislación no facilita que se condene a quienes interviniendo en estas acciones portan, no ya los explosivos o armas que provocan incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión.

Frente a estas complejidades, la nueva redacción del artículo 577, partiendo de que, según se dice ahora expresamente, estas acciones no se limitan a dañar bienes materiales individuales o colectivos, sino que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas, poniendo con ello en entredicho valores constitucionales que, como el respeto a la vida o a la dignidad de las personas o la propia libertad, deben ser objeto de la máxima protección, incorpora el delito de daños al elenco de los enumerados en dicho precepto y resuelve las dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo.

En lógica consonancia con ello, se modifican los artículos 266, 346 y 351 del propio Código, agravando los delitos de daños causados por incendio, explosión o con riesgo para las personas, cubriendo determinadas lagunas técnicas apreciadas en la redacción actual.

La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas so-

bre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.

La incorporación de este nuevo delito en el artículo 578 origina la reforma de los anteriores artículos 578 y 579, que ahora se refunden en el nuevo artículo 579, con algunas modificaciones que se examinan a continuación.

También mediante la introducción de nuevos tipos penales se pretende otorgar mayor protección jurídica a los miembros de las Corporaciones locales, legítimamente elegidos, y a los Plenos que celebran para el ejercicio de las funciones de la Corporación. A tal fin, se incorpora un nuevo artículo 505 en el Código Penal, que viene a sancionar las perturbaciones graves que se provoquen en las sesiones plenarios de estas Corporaciones, y se modifica el apartado 2 del artículo 551 para definir como atentado a la autoridad el realizado contra los miembros de las mismas, en términos similares a la protección que el Código otorga a los miembros de otras instituciones.

Como consecuencia de la inclusión del nuevo artículo 505, se modifica también el artículo 504, que ahora refunde, en párrafos separados, los anteriores artículos 504 y 505, sobre injurias o amenazas graves a diversas instituciones.

Con el mismo propósito de reforzar las instituciones democráticas y representativas y la dignidad de la función que legítimamente corresponde a quienes resultan elegidos por sus conciudadanos y con la finalidad de adecuar las penas a la naturaleza de los delitos cometidos, se ha considerado necesario limitar la posibilidad de que quien resulte condenado por delitos de terrorismo y que, por tanto, ha atentado gravemente contra la democracia y el propio Estado de Derecho acceda inmediatamente a cargos públicos representativos. Para ello, la pena de inhabilitación absoluta, configurada en el Código Penal hasta esta fecha como pena accesorio en los delitos de terrorismo, se introduce como pena principal con una duración de seis a veinte años en el apartado segundo del nuevo artículo 579.

Finalmente, en el artículo segundo de esta Ley, se introduce una modificación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, que se traduce en la incorporación de una nueva disposición adicional —y en la consecuente modificación técnica de algunos preceptos afectados por dicha disposición—, que tiene por finalidad reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley a los menores implicados en delitos de terrorismo, así como conciliar tales principios con otros bienes constitucionalmente protegidos a los que ya se ha hecho reiterada alusión en esta exposición y que aquí se ven particularmente afectados por la creciente participación de menores, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas.

No se trata, en consecuencia, de excepcionar de la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma, prevista para el próximo 13 de enero de 2001, sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad manteniendo sin excepción todas las especiales ga-

rantías procesales que, para los menores, ha establecido la Ley 5/2000, y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador.

A ello responden la articulación en la Audiencia Nacional de un Juez Central de Menores [apartados *a*) y *b*)], la posible prolongación de los plazos de internamiento [apartado *c*)] y la previsión de la ejecución de las medidas de internamiento que la Audiencia acuerde con el apoyo y control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición y bajo dirección de la propia Audiencia Nacional [apartados *c*) y *d*)]. Todo ello, sin mayores modificaciones de las facultades que la Ley 5/2000 atribuye en estos procedimientos a Jueces y Fiscales, quienes mantienen un amplio margen para discriminar de acuerdo con la diferente gravedad de las conductas el tiempo de duración del internamiento, y para flexibilizar el régimen del menor, mediante modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, especialmente en lo que se refiere a los menores de dieciséis años.

Del mismo modo que, según acaba de señalarse, se considera conveniente establecer un tratamiento diferenciado entre los menores de dieciséis años y los de edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años, se consolida lo que, por otra parte se deduce ya de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como es que no procede aplicar dicha norma a los jóvenes mayores de dieciocho años.

Por último, y a consecuencia de las modificaciones de la Ley 5/2000, previstas en esta Ley, relativas al Juzgado Central de Menores, los artículos tercero y cuarto modifican, respectivamente, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

Artículo primero. Modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Los artículos 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modifican en los siguientes términos:

Primero.—Se modifica el artículo 40, quedando redactado en los siguientes términos:

«La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código, las de inhabilitación especial, de seis meses a veinte años la de suspensión de empleo o cargo público, de seis meses a seis años; la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de tres meses a diez años; la de privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares, de seis meses a cinco años, y la de trabajos en beneficio de la comunidad, de un día a un año.»

Segundo.—Se modifica el artículo 266, quedando redactado en los siguientes términos:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el artículo 263 mediante incendio, o provocando explo-

siones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas.

2. Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el artículo 264, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior.

3. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los daños previstos en los artículos 265, 323 y 560, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 del presente artículo.

4. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior. En caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 351.»

Tercero.—Se adiciona al artículo 346 el siguiente inciso, al final de su párrafo primero:

«Cuando no concurriere tal peligro, se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código.»

Cuarto.—Se adiciona al artículo 351 un segundo párrafo, del siguiente tenor:

«Cuando no concorra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código.»

Quinto.—Se modifica el artículo 504, quedando redactado en los siguientes términos:

«1. Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los artículos 207 y 210 de este Código.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones.

2. Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código.»

Sexto.—Se modifica el artículo 505, quedando redactado en los siguientes términos:

«Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembro de la Corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.»

Séptimo.—Se modifica el apartado 2 del artículo 551, quedando redactado en los siguientes términos:

«2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.»

Octavo.—Se modifica el artículo 577, quedando redactado en los siguientes términos:

«Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.»

Noveno.—Se modifica el artículo 578, quedando redactado en los siguientes términos:

«El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.»

Décimo.—Se modifica el artículo 579, quedando redactado en los siguientes términos:

«1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

2. Los responsables de los delitos previstos en esta sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, en su caso, en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

3. En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la seña-

lada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.»

Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Se modifican los artículos 7 y 9 y se incorpora una disposición adicional en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en los siguientes términos:

Primero.—Se adiciona una nueva letra *n)* al apartado 1 del artículo 7, con la siguiente redacción:

«*n)* Inhabilitación absoluta. De conformidad con lo previsto en la disposición adicional cuarta, la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.»

Segundo.—Los párrafos primero y tercero de la regla 5.^a del artículo 9 quedan redactados en los siguientes términos:

«5.^a Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta.»

A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.»

Tercero.—Se introduce una nueva disposición adicional cuarta en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional cuarta. Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.»

1. Lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica no será de aplicación a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional.

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

a) La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, cuyos autos y sentencias podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la propia Audiencia. Las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional serán recurribles en casación conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de esta Ley Orgánica. El Gobierno promoverá la necesaria adecuación de la estructura de la Audiencia Nacional, conforme a lo previsto en la disposición final segunda, apartado 1, de esta Ley Orgánica.

b) Los procedimientos competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica.

No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código Penal.

Cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 571 a 580, el Juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a esta Ley Orgánica, también impondrá la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el menor.

d) La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

e) La ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros Jueces o Salas de Menores.

f) Los hechos delictivos y las medidas previstas en esta disposición prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal.

g) La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código Penal.»

Cuarto.—Se introduce una nueva disposición adicional quinta en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional quinta.

El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta.»

Artículo tercero. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se modifican los artículos 65 y 96 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en los siguientes términos:

Primero.—Se modifica el apartado 5.º del artículo 65, que queda redactado de la siguiente manera:

«De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción y del Juzgado Central de Menores.»

Segundo.—Se introduce un segundo apartado en el artículo 96, con el contenido que a continuación se recoge, pasando el actual contenido de dicho artículo a constituir un nuevo apartado 1:

«1. En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.

2. En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.»

Artículo cuarto. Modificación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

Se modifican los artículos 1, 6, 19 y 61 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, en los siguientes términos:

Primero.—Se modifica el artículo 1, que queda redactado de la siguiente manera:

«El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y el Juzgado Central de Menores tienen jurisdicción en toda España.»

Segundo.—Se modifica el artículo 6, que queda redactado de la siguiente manera:

«El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo y el Juzgado Central de Menores tienen su sede en la Villa de Madrid.»

Tercero.—Se modifica el artículo 19, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. La planta del Juzgado Central de Menores y de los Juzgados de Menores es la establecida en el anexo XI de esta Ley.

2. El Juzgado Central de Menores y los Juzgados de Menores deberán ser servidos por Magistrados.

3. La provisión del Juzgado Central de Menores y de los Juzgados de Menores se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quienes acrediten la especialización correspondiente en la Escuela Judicial y tengan mejor puesto en el escalafón y, en su defecto, a favor de los Magistrados con mejor puesto en el escalafón.»

Cuarto.—Se modifica el artículo 61, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. Los Juzgados de Menores tendrán la competencia establecida en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2. Las Audiencias Provinciales conocerán de los recursos interpuestos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores en el ámbito de su respectiva provincia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores para la Audiencia Nacional.»

Quinto.—Se modifica parcialmente el anexo XI de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, en el sentido de incorporar al mismo un Juzgado Central de Menores.

Disposición adicional única.

Todos los preceptos contenidos en la presente Ley tienen carácter orgánico, con excepción de lo dispuesto en el artículo cuarto, que tiene carácter ordinario.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de lo dispuesto en su artículo segundo, que entrará en vigor el día en que lo haga la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA
MANUEL JAÉN VALLEJO

ARTÍCULO 1.1 CE

Valor superior de la justicia.

Esta STC examina la constitucionalidad del artículo 586 bis CP1973, desde la perspectiva de su conformidad con los artículos 1.1 y 25.2 CE. Según dicho artículo: «Los que por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito, serán castigados con la pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas, siempre que concurriere infracción de reglamentos, y, cuando ésta no concurriere, con la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 ptas. Si el hecho se cometiere con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres meses. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido».

Entrando en el contraste de este precepto con el artículo 1.1 CE, la STC recuerda que el «órgano jurisdiccional suscita la duda de inconstitucionalidad por entender que si el cumplimiento de una pena privativa de libertad queda supeditado al pago o no de una indemnización por quien infringe el artículo 586 bis CP, este precepto hace posible que se produzcan situaciones evidentemente injustas y discriminatorias, lo que sería contrario a la justicia como valor superior del ordenamiento consagrado en nuestra Constitución. Pero ha de repararse en que si bien el órgano judicial plantea la contradicción de dicho precepto con la justicia, lo hace en el sentido de regulación arbitraria y carente de justificación razonable (...), en atención a los resultados a los que puede conducir el precepto cuestionado. Lo que en realidad viene a enlazar el reproche, al igual que en el caso de la decisión que se acaba de mencionar, con la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE.

Pues bien, si en un sistema democrático la Ley es expresión de la voluntad popular, como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución (...), quien alega la arbitrariedad de una determinada Ley o precepto se halla obligado a razonarla con detalle y ofrecer una demostración que en principio sea convincente (...). Lo que no se ha hecho en la resolución judicial que suscita la presente cuestión de inconstitucionalidad, que se limita a plantear la duda en los términos antes indicados. Y si nuestro enjuiciamiento sobre una supuesta arbitrariedad de la Ley o de un precepto legal ha de centrarse en determinar si ésta establece una regulación discriminatoria o arbitraria o, aun no estableciéndola, si carece de toda explicación racional (...), del examen del precepto cuestionado resulta difícil advertir en qué medida se produce este resultado teniendo en cuenta la presunción alegada por el órgano que promueve la cuestión de que la denuncia del ofendido haya de tener lugar sólo en caso de no haber obtenido la indemnización. En efecto, no es necesario insistir, de un lado, en la licitud de la persecución de la indemnización civil a través del procedimiento penal una vez que el sistema jurídico lo posibilita en atención a criterios de eficacia y funcionalidad de la Justicia que no cabe considerar arbitrarios. De otro lado, que tampoco puede tacharse de arbitraria la posibilidad de que el ofendido vea satisfechas sus pretensiones de justicia con la obtención extraprocésal de la reparación económica de un daño, cuya valoración lleva a cabo en atención a sus circunstancias personales» (FJ 3).

(Sentencia 120/2000, de 10 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2594/1994. Planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gavá, Barcelona, respecto del art. 586 bis del Código penal de 1973, en cuanto requiere la previa denuncia del ofendido para perseguir la falta de imprudencia simple que causa mal a las personas, y la sanciona con un arresto de corta duración. Desestima la cuestión. Ponente: Magistrado D. Julio D. González Campos.)

ARTÍCULO 9.3

Seguridad jurídica

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra dos Autos de la Audiencia Provincial, que al rectificar, en aclaración, errores materiales de una sentencia dictada por el mismo órgano jurisdiccional, recaída en recurso de apelación, habían llevado a cabo una modificación tanto de la fundamentación como del fallo, lesionando en opinión del recurrente su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio constitucional de seguridad jurídica (arts. 24.1 y 9.3 CE), en su dimensión de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

La STC señala que «el cauce procesal previsto con carácter general en el artículo 267 LOPJ permite a los órganos jurisdiccionales, de un lado, aclarar un concepto obscuro o suplir cualquier omisión que contengan sus resoluciones y, de otro lado, corregir algún error material manifiesto o aritmético. Pero su utilización les está vedada, con una exigencia aún más estricta cuando del proceso penal se trata, más allá de la función reparadora para la que ha sido establecido y, por tanto, que, a través de dicha vía se alteren las conclusiones probatorias alcanzadas o la calificación jurídica de los hechos, así como una modificación sustancial de los funda-

mentos jurídicos o una variación de la parte dispositiva de sus resoluciones, sustituyendo un fallo por otro de sentido contrario (...). Pues es evidente que, en tal caso, quedaría lesionado el derecho a la intangibilidad de lo decidido judicialmente, que se integra en el ámbito del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, dado que la protección jurisdiccional carecería de la efectividad que este precepto constitucional exige si, al margen del sistema de recursos previsto en la ley, se permitiera reabrir ulteriormente lo resuelto por una Sentencia firme. Lo que quebrantaría, además, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) vinculado con esa dimensión del derecho fundamental, aunque este precepto constitucional, aisladamente considerado, quede extramuros del recurso de amparo (art. 53.2 CE)» (FJ 3).

(Sentencia 159/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 4222/97. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo. Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio constitucional de seguridad jurídica, en su dimensión de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes)

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad en la aplicación de la ley

El recurrente en amparo, cuya extradición había sido solicitada por las autoridades judiciales de Palermo para ser enjuiciado por delitos contra la salud pública, había alegado en la Audiencia Nacional su condición de español para oponerse a la extradición, siendo rechazada tal argumentación por aquel órgano judicial, por entender que la condición de español no es, en el ámbito del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ratificado por España en 1982), un obstáculo para la entrega del requerido, pues el artículo 6 de dicho Tratado contiene simplemente una cláusula potestativa de entrega que puede ser sometida a reserva por los respectivos Estados signatarios, y que, en el caso de España, no ha sido hecha efectiva. Según la resolución judicial impugnada por el recurrente, el Convenio debe prevalecer frente a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Extradición pasiva (LEP), que no permite la extradición de los nacionales, debiéndose estimar cumplida la exigencia de reciprocidad solicitada de las autoridades italianas con la respuesta facilitada por éstas.

La primera vulneración constitucional alegada por el recurrente era la del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Recuerda al respecto la STC que «para que se produzca una desigualdad en dicha aplicación, es necesario que “un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, resuelva en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada” (...). Ahora bien, el reconocimiento de la lesión que ahora se denuncia exige tener en cuenta que las Secciones de una misma Audiencia o Tribunal, aunque estén integradas en el mismo órgano, actúan como juzgadores independientes entre sí, por lo que han de ser considerados, tanto orgánica como funcionalmente, órganos judiciales distintos (...), recayendo sobre quien esgrima la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la re-

solución atacada se ha separado, exigencia que no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza» (FJ 2).

Según la STC, «aun en el caso de que se admitieran como términos de contraste unos extractos de resoluciones que no están autenticadas por los respectivos órganos judiciales de los que proceden (...), no resulta posible, en el modo en que se han aportado a este proceso constitucional, determinar si el requisito de identidad sustancial se cumple en cada caso. Además, tres de tales citas proceden de órganos judiciales diferentes a los que han dictado las resoluciones que aquí se recurren, y de las tres restantes resulta que en una de ellas no se menciona cuál sea el Estado requirente a efectos de comprobar si es alguno de los que formularon la correspondiente reserva a la extradición de sus nacionales en el Convenio Europeo de Extradición, mientras que en las otras dos el país requirente es Francia, que no autoriza la extradición de sus nacionales, por lo que, con respecto de dicho Estado, no concurriría la necesaria reciprocidad. Así pues, los términos de comparación no son válidos» (FJ 2).

(Sentencia 102/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 4077/98. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Deniega el amparo. Problema de la conformidad con la CE de las decisiones judiciales que estiman procedente la extradición a terceros países, signatarios del Convenio Europeo de Extradición, de personas que ostentan la nacionalidad española)

ARTÍCULO 17 CE

Derecho a la libertad personal: vulneración por privación de libertad motivada insuficientemente y no acorde con los fines de la institución

La STC aclara, al definir el objeto del recurso, que «cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de tenerse también por recurridas las precedentes resoluciones confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa» (FJ 2).

El TC recuerda su doctrina sobre la constitucionalidad de la prisión provisional, señalando que ésta «exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, mereciendo tal consideración únicamente aquellos que remiten a “la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado, se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como, en general, sobre la sociedad” (...). En particular, esos riegos a prevenir serían los de sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal o la reiteración delictiva (...). Desde la perspectiva formal, se ha insistido en que las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (...). Dicha motivación ha de ser suficiente y razo-

nada, lo que supone que el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de dicha medida y que esa apreciación no resulte arbitraria, debiendo entenderse por tal aquella que no resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional (...). En consecuencia, la suficiencia y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos por otro) a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria y proporcionada a la consecución de los fines que la legitiman (...). Concretando estas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores (...). En suma, la medida de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así, debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito» (FJ 4).

La STC examina las resoluciones impugnadas, concluyendo que no habían justificado adecuadamente las medidas restrictivas de libertad acordadas, pues aunque con referencias continuas a los presupuestos legales de la medida cautelar, no contenían referencias a las concretas circunstancias del caso y personales del interesado; parquedad argumental, dice la STC, que «no sólo dificulta sobremanera el conocimiento de las razones últimas que determinan el mantenimiento de la prisión provisional, así como su sustitución por la consignación de una fianza, sino que, en lo que ahora interesa, impide avalar la constitucionalidad de la medida al no haberse adoptado de forma suficientemente razonada y acorde con los fines de la institución» (FJ 5).

Recuerda la STC que la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar. «Así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Por lo que a este último se refiere, en la STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 4, se destaca que la imposición o mantenimiento de una medida cautelar como es la fianza, “supone una restricción a la libre disponibilidad de los bienes del actor, restricción que sólo puede ser compatible con la presunción de inocencia en cuanto sea una medida cautelar razonable, en atención a las circunstancias con-

currentes, para la consecución de las finalidades contempladas en el artículo 5.3 del Convenio de Roma, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 539, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Asimismo, en la STC 56/1997 hemos tenido oportunidad de pronunciarnos acerca de la restricción que una medida cautelar de este tipo implica para el derecho a la libertad personal. Concretamente, en aquella oportunidad subrayamos que la prisión provisional, “en cuanto tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia durante el tiempo que inevitablemente ha de consumirse en la tramitación de cualquier proceso penal, se incluye en la categoría más general de las medidas cautelares de naturaleza personal, al igual que, por participar de idéntica finalidad, lo son también medidas tales como la libertad provisional, con o sin fianza. En definitiva, pues, la prisión provisional a la que alude el artículo 17.4 CE pertenece a una categoría más amplia, la de las medidas cautelares de naturaleza personal, que con frecuencia implican, cuando menos, restricciones de diverso tipo a la libertad personal y que, como regla general, la Constitución no impide que se mantengan vigentes a lo largo de toda la tramitación del procedimiento, más allá obviamente de las exigencias generales de necesidad y proporcionalidad” (...). Consecuentemente, y como quiera que toda resolución judicial adoptada en el seno de un proceso contradictorio y que conlleve una limitación de derechos fundamentales deberá motivar la necesidad de dicha medida y ceñirse a lo estrictamente razonable para la consecución de lo fines que la legitiman, en aquellos casos en que dicha medida consista en la imposición de una fianza habrá de tenerse presente su carácter sustitutorio de la prisión provisional, por lo que la falta de consignación de la misma lleva consigo el ingreso del imputado en prisión o su mantenimiento en dicha situación de privación de libertad. De tal suerte que la toma en consideración de ese potencial menoscabo del derecho fundamental proclamado en el artículo 17.1 de nuestra Constitución supone la obligación de precisar la finalidad legítima que se persigue con la imposición de la medida cautelar, a partir de la ponderada valoración de las circunstancias del caso concurrentes en el momento de adoptarse la decisión» (FJ 7).

Concluye la STC que «procede estimar la demanda y anular los Autos recurridos, pues las medidas cautelares en ellos adoptadas han quebrantado el derecho del demandante a la libertad personal (art. 17.4 CE), dado que no puede sostenerse que las resoluciones judiciales impugnadas hayan realizado una razonable ponderación de la proporcionalidad de dichas medidas cautelares. Esta anulación de los Autos impugnados conlleva la puesta en libertad del recurrente, sin perjuicio de la competencia que los órganos judiciales tienen asignada por el ordenamiento vigente para decretar las medidas cautelares que estimen pertinentes, incluida, en su caso, la adopción nuevamente de la prisión provisional, si concurriesen las circunstancias exigidas en el citado ordenamiento» (FJ 8).

(Sentencia 14/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Primera. Recurso de amparo 3265/99. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal: prisión provisional carente de fundamentación. Exigencias para la legitimidad constitucional de la prisión provisional. Inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 LECrim

La STC recuerda, con cita de la STC 44/1997, los requisitos básicos que determinan la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de prisión. «a) En relación con el sustento jurídico de la adopción de la medida de prisión provisional, destacábamos en la STC 128/1995, de 26 de julio, que, además de su legalidad (arts. 17.1 y 17.4 CE), la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (...). El propio fundamento jurídico 3 de esta Sentencia, al que pertenece el entrecomillado anterior, concretaba como constitutiva de estos fines la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: “su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”. b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (...). Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, “entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional” [STC 128/1995, FJ 4 b)]. En definitiva, la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego —la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro— a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines referidos en el párrafo anterior (STC 128/1995, FJ 3). Concreción obvia de las anteriores directrices en la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido. Más allá, la STC 128/1995 indicaba dos criterios de enjuiciamiento de la motivación de la constatación del peligro de fuga. El primero consiste en que deberán tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también lo es que el transcurso del tiempo, modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales así como los del caso concreto (...). En suma, la medida

de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito. En coherencia con las directrices reseñadas, la STC 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos –prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria–, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia (...). c) No podemos cerrar este resumen de jurisprudencia sin referirnos a dos trascendentes extremos que afectan al funcionamiento de esta jurisdicción en su alta tarea de protección del derecho a la libertad. El primero consiste en que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma (...). El segundo se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia y puede resumirse así: “Corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (...), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución”» (FJ 3).

Especialmente interesante es el estudio que hace esta STC sobre la cuestión de si con el cumplimiento de los requisitos de los artículos 503 y 504 LECrim basta para entender cumplidas las exigencias constitucionales. Según la STC, «la determinación de si el cumplimiento de los requisitos legales basta para entender constitucionalmente legítima la prisión, precisa una toma en consideración del texto de los artículos de la LECrim aquí aplicados, esto es, del artículo 503 y de los dos primeros párrafos del artículo 504. Dicho texto reza como sigue: “503. Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes: 1.ª. Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª. Que éste tenga señalado pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza. 3.ª. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión. 504. Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo

legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado”» (FJ 4).

Señala entonces la STC que la comparación entre los requerimientos dimanantes del artículo 17 CE y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, «pone de manifiesto *prima facie* que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determinar cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el artículo 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FF JJ 4 y 5. Pero a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad. En efecto, según una interpretación usual del párrafo segundo del artículo 504 que, dado que ni siquiera han respondido a las razones constitucionalmente aducidas por el recurrente, parece ser la aceptada en este caso por los órganos judiciales, el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos. De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque, como dijimos en la STC 66/1997 (...) y reiteramos en la STC 98/1997 (...), “con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo– y otros orígenes –la fuga del imputado o su libertad provisional–, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”» (FJ 5).

«Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la libertad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional dado que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas. El análisis de dicha pretensión de amparo debe iniciarse recordando que este Tribunal ha establecido reiteradamente que el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación, es una exigencia formal del principio de

proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. Hemos reiterado que si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (...). La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (...). A fin de valorar si la motivación expresada es suficiente para acordar la restricción de la libertad personal para útil recordar, aun de forma breve, nuestra doctrina sobre la incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental citado. Así, hemos señalado que la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (...) y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines (...). Conviene recordar también que el control que este Tribunal puede hacer de la motivación de la resolución limitativa de la libertad personal no se extiende a los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, sino únicamente a constatar si existe motivación suficiente y razonada y si la misma ha ponderado los derechos e intereses en conflicto, resolviendo de forma no arbitraria y acorde con los fines que justifican la limitación cautelar de la libertad personal» (FJ 7).

En el caso concreto resuelto, la STC llega a la conclusión de la inconstitucionalidad de las resoluciones impugnadas, ante la falta de expresión de los fines constitucionalmente legítimos que pudieran justificar la prisión provisional.

Por último, en cuanto a la alegación de vulneración del artículo 17 por el hecho de que las resoluciones impugnadas se habían fundamentado en la gravedad abstracta del delito y de la pena, sin tener en cuenta las circunstancias particulares aducidas por el recurrente, la STC recuerda «la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. Citando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) este Tribunal (...) afirmó que si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así

como los del caso concreto. A lo que, en la STC 156/1997, de 29 de septiembre, analizando un supuesto muy similar, añadimos que esa exigencia de análisis particularizado “debe acentuarse aun más en casos como el presente, en el que la impugnación del recurrente ha cuestionado extensa y expresamente la subsistencia y aun la existencia inicial de razones concretas que justificaran el riesgo de fuga” (FJ 10).

La STC concluye también apreciando la vulneración del artículo 17 CE desde esta última perspectiva, afirmando finalmente que la Ley aplicada (arts. 503 y 504 LECrim) vulnera el artículo 17 CE, planteando en consecuencia la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos.

(Sentencia 47/2000, de 17 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Pleno. Recurso de amparo 889/1996. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal: plazos máximos de prisión provisional (art. 17.4 CE). Situación de prisión provisional de quien se encuentra sometido a un procedimiento de extradición pasiva: el cómputo del plazo no queda interrumpido por el hecho de que el preso provisional cumpla condena por otra causa

La principal alegación del recurrente, por la que se le concedió el amparo, se refería a la vulneración de su derecho a la libertad, por no haberse respetado los plazos máximos de prisión provisional, denunciando que se le había prorrogado la prisión provisional cuando ya había transcurrido el plazo máximo de duración de aquélla. El recurrente en amparo había sido detenido el 30 de octubre de 1996 por el Servicio de Interpol de la Dirección General de la Policía a los fines de extradición a Francia, decretándose su prisión a efectos de extradición el 2 de noviembre de 1996. Habiéndose ya autorizado la extradición el 3 de enero de 1997, el recurrente comenzó a cumplir condena por otra causa el 22 de mayo de 1997. El Juzgado Central de Instrucción dictó Auto en fecha 19 de noviembre de 1998 manteniendo la situación de prisión provisional acordada en el Auto de 2 de noviembre de 1996, es decir, sobrepasados los dos años. Según dicho Juzgado la dilación en la entrega del extraditado se debió a la conducta del propio recurrente, que cometió un delito por el que cumple condena en España, entendiéndose, además, que la firmeza de la resolución por la que se accedió a la extradición del recurrente y el aplazamiento de la entrega de éste hacen que nos encontremos ante el período máximo que señala el artículo 504 LECrim para la prisión provisional, esto es, ante el plazo de cuatro años, y no ante el de dos años prorrogables por otros dos. «La Audiencia Nacional confirmó la decisión del Juez utilizando dos argumentos. En primer lugar, el de que, cuando se ha concedido la extradición por resolución firme y la entrega del extraditado no puede materializarse por encontrarse éste sufriendo condena en España impuesta por otros hechos, el período durante el cual se está cumpliendo condena no ha de computarse a los efectos del plazo máximo de prisión provisional acordada en el expediente de extradición. En segundo lugar, el de que el retraso en la entrega del extraditado es imputable al demandante en cuanto cometió un delito por el que cumple condena, pero no a la Administración de Justicia ni a ningún otro órgano de la Administración; de ahí que resulte en el caso de

aplicación el párrafo sexto del artículo 504 LECrim, que dispone que no se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo durante el cual la causa sufriese dilaciones no imputables a la Administración de Justicia» (FJ 1).

El TC reitera que el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el artículo 17.4 CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración. Señala la STC la similitud del caso planteado con el que se le planteó en la STC 19/1999, en la que se cuestionaba si era respetuoso o no con el artículo 17.4 CE «el razonamiento desarrollado por el órgano judicial para entender que no se había superado el plazo máximo de prisión provisional en términos que hicieran precisa su prórroga; de acuerdo con dicho razonamiento, si el preso preventivo se encontraba simultáneamente en prisión en calidad de penado, el tiempo transcurrido en esta última situación no era computable a los efectos del límite temporal de la prisión provisional acordada en otra causa, pues en ésta no se encontraría materialmente en prisión provisional. En nuestra Sentencia rechazábamos tal argumentación porque no contemplaba la diferente funcionalidad de la medida cautelar y de la pena. En concreto afirmábamos que “los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el artículo 504 LECrim, que es el precepto rector de la prisión provisional, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma, establecido en ese precepto, so pena de desbordar el marco legal, conforme al cual puede establecerse la limitación del derecho fundamental a la libertad que tal medida comporta. Aceptar la tesis mantenida en los Autos recurridos supondría en la práctica que el límite temporal de duración de la prisión provisional, fijado en la Ley, dependiera de un elemento incierto, como es el de si simultáneamente el preso extingue, o no, condena por otras causas y la cuantía de tales condenas, incertidumbre que resulta contraria al espíritu del texto constitucional”. En este mismo FJ 5 de la STC 19/1999 advertíamos que la frecuencia con la que en la realidad coinciden las situaciones de penado y de prisión provisional hace que esta hipótesis no pudiera pasar inadvertida al legislador, y si éste no incorporó una previsión específica de ella no cabe incluirla por vía interpretativa en el supuesto general del artículo 506 LECrim, párrafo sexto. Y concluíamos resaltando que la prisión provisional incide en la situación del penado desde el momento en que le impide acceder a ningún régimen de semilibertad, disfrutar de permisos y obtener la libertad condicional» (FJ 5).

Y respecto a las peculiaridades de la situación de prisión provisional de quien se encuentra sometido a un procedimiento de extradición pasiva, recuerda el TC lo dicho en la STC 5/1998: «Cierto es que la privación cautelar de libertad en estos casos es, por sus efectos materiales, idéntica a la que cabe acordar en el proceso penal, pero mantiene puntos diferenciales que han de ser resaltados. Así, se produce en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste. No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición, y, por ello, no se valora la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de extradición, ni se exige la acreditación de indicios racionales de criminalidad, ni son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional previstas en la LECrim,

aunque el párrafo tercero del artículo 10 LEP se remita, subsidiariamente, a los preceptos correspondientes de la misma reguladores del límite máximo de la prisión provisional y los derechos que corresponden al detenido. Además, su adopción, mantenimiento y duración se regula expresamente en la LEP y se dirige exclusivamente a evitar la fuga del sometido a extradición –art. 8.3 LEP–. Y se decreta, por último, sobre quien no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que le reclaman sean o no de su nacionalidad pues para ello ha huido de su territorio o se niega a regresar a él» (FJ 6).

La STC rechaza los razonamientos empleados por la Audiencia Nacional para mantener la prisión provisional a efectos de extradición, no computando a estos efectos el tiempo en que el recurrente se encuentra en situación de penado, recordando que esta solución ya fue rechazada en la STC 19/1999 «cuando la simultaneidad en la privación de libertad obedecía a la doble condición de penado y de preso provisional, sin que las peculiaridades de la prisión provisional a efectos de extradición permitan una solución distinta. En efecto, el mantenimiento de la situación de prisión provisional a efectos de extradición durante todo el tiempo que dure el cumplimiento de la condena, y por ende se encuentre suspendida la entrega del extraditado, incide en su situación penitenciaria como penado, de forma que no puede ser clasificado o se suspende su clasificación (art. 104.1 y 2 del Reglamento Penitenciario), lo que implica que no pueda acceder a determinados beneficios penitenciarios, como los permisos de salida (arts. 154 y 159 RP), acceder al régimen abierto, porque se requiere para ello estar clasificado en tercer grado, ni obtener la libertad condicional (arts. 192 ss. RP). De ahí que, si de una parte la situación de prisión provisional supone un agravamiento de las condiciones de cumplimiento de la condena que se encuentra cumpliendo y simultáneamente no se computa ese tiempo a efectos del plazo máximo de prisión preventiva aplicando el artículo 504.6 LECrim, se realiza una aplicación de este precepto que es contraria, por injustificadamente restrictiva, al derecho fundamental a que la prisión provisional tenga un plazo máximo determinado (art. 17.4 CE). De igual modo, la frecuencia con que en la práctica nos encontramos con suspensiones de entregas extradicionales mientras se cumple condena hace aplicable el razonamiento, ya expuesto en la STC 19/1999, de que “si el legislador no incluyó en el precepto la situación a la que se refiere el recurso, no cabe incluirla por vía interpretativa con idéntica finalidad”. Ciertamente la regulación legal de la situación de quien se encuentra privado de libertad por causa de haberse acordado ya su extradición pero resultar aplazada su entrega mientras queden extinguidas sus responsabilidades en España no contempla suficientemente las múltiples situaciones que pueden darse, pues la genérica remisión que el artículo 10 LEP realiza a la Ley de Enjuiciamiento Criminal no da respuesta bastante a la variedad de supuestos planteables, lo que sin duda reclama la intervención del legislador. Pero en todo caso ha de considerarse, en conclusión, que la prisión del sometido a extradición no es la única medida que puede adoptarse para asegurar que permanecerá a disposición del Juez o Tribunal que entienda de la extradición, sino que puede acordarse la libertad del detenido y adoptar alguna o alguna de las siguientes medidas: vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de fianza (art. 8.3 LEP). Por lo tanto, si en el seno del procedimiento de extradición se acuerda la prisión provisional, ésta se encuentra cubierta por la misma garantía constitucional de limitación temporal. Que la existencia de una en-

trega extradicional ya acordada aumente el riesgo de fuga durante el disfrute de alguno de los beneficios penitenciarios a que nos hemos referido podrá, en su caso, justificar la toma en consideración de esta circunstancia por la Administración Penitenciaria o por el Juez de Vigilancia que, dentro de sus respectivas competencias, hayan de autorizarlos» (FJ 7).

En consecuencia, el TC otorga el amparo, anulando los Autos del Juzgado Central de Instrucción y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, «sin perjuicio de las medidas cautelares de naturaleza personal o de otra índole que el órgano judicial que conoce del proceso, del que ha derivado este amparo, pueda adoptar de acuerdo con el Ordenamiento vigente, incluida, en su caso, la prisión provisional, si concurriesen las circunstancias exigidas en el referido Ordenamiento» (FJ 8).

(Sentencia 71/2000, de 13 de marzo. «BOE» núm. 90, de 14 de abril. Sala Segunda. Recurso de amparo 2247/99. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal (art. 17.1 y 4 CE). La prisión provisional: legalidad y excepcionalidad de la medida; duración de una prisión provisional sufrida con motivo de un procedimiento de extradición (STC 71/2000), plazo máximo de duración

El recurrente en amparo, de nacionalidad británica e interno, en el momento de presentación del recurso, en un Centro Penitenciario, estaba siendo objeto de un proceso de extradición, solicitado por Francia, y dirigía su recurso contra dos Autos de la Audiencia Nacional, por los que se le mantenía la situación de prisión provisional en aquel procedimiento de extradición, considerando que se le había vulnerado su derecho a la libertad personal, garantizado en los apartados 1 y 4 del artículo 17 CE, por entender que la medida cautelar de prisión había superado el límite máximo. El TC le da la razón y le concede el amparo.

Los aspectos esenciales del recurso son resumidos por el propio TC de la siguiente manera: «como consecuencia de una solicitud de detención formulada por Francia a efectos de extradición para el cumplimiento de una condena de cinco años impuesta por los delitos de tráfico de estupefacientes y contrabando, (el recurrente) fue detenido el día 13 de junio de 1997, decretándose al día siguiente, 14 de junio de 1997, su prisión provisional e incondicional por razón de la extradición. En esta situación se le mantuvo hasta que se cumplió el plazo de cuarenta días sin que Francia hubiera formalizado su solicitud de extradición; dicho plazo se cumplió el 22 de julio de 1997, por lo que en el siguiente día 23 del mismo mes y año se ordenó por el Juzgado su puesta en libertad únicamente en lo referido al procedimiento extraditorio. Sin embargo, como el Estado requirente formalizó su solicitud de extradición el día siguiente, en esa misma fecha, 24 de julio de 1997, se dictó un nuevo Auto de prisión provisional. El (recurrente) estuvo en prisión hasta el 31 de octubre de 1997, fecha en la que se estimó un recurso de apelación contra el anterior Auto, al que se declaró nulo por no haber sido celebrada con carácter previo la obligatoria comparecencia prevista en los artículos 539 y 504 bis 2 LECrim. Una vez que la Audiencia Nacional declaró procedente la entrega del re-

clamado a Francia, se volvió a decretar la prisión provisional el 6 de marzo de 1998, medida cautelar que permanecía vigente en la fecha de 10 de noviembre de 1998, en que el (recurrente) solicitó su puesta en libertad por entender que había transcurrido el plazo máximo de un año de prisión provisional. Según la demanda de amparo, el recurrente ha sufrido dos períodos de privación de libertad: el primero desde el 14 de junio de 1997 hasta el 31 de octubre de 1997, ambos inclusive, que da lugar a un total de ciento cuarenta días de prisión, y el segundo, desde el 6 de marzo de 1998 hasta el 10 de noviembre de 1998, que supone doscientos cincuenta días de prisión. La suma de ambos períodos significa un total de trescientos noventa días, cantidad que excede del año, previsto como plazo máximo de la prisión. A su entender, es aplicable este plazo máximo, de conformidad con lo previsto en el párrafo 4 del artículo 504 LECrim, ya que al delito que figura en la demanda de extradición le corresponde pena de prisión menor. Razona que los dos períodos deben ser acumulados para el cómputo del plazo, ya que rige aquí el principio *in dubio pro libertate*, y que la Audiencia Nacional no dictó antes de que transcurriera dicho plazo el oportuno Auto de prórroga de la prisión. Considera asimismo que dicho plazo máximo sigue estando vigente, aunque se haya declarado procedente la extradición. Por el contrario, los Autos impugnados argumentan que los períodos de prisión, al ser discontinuos por mediar entre ellos un lapso de tiempo en el que el demandante disfrutó de libertad, no pueden ser sumados para computar el plazo máximo de prisión. Según criterio del órgano judicial, el *dies a quo* que hay que considerar es, por tanto, el 6 de marzo de 1998, la última fecha en la que ingresó en prisión, sin que desde ese momento hasta el 10 de noviembre también de 1998 haya transcurrido el año de la medida cautelar. Indica además que ese año de prisión es prorrogable. Y termina explicando que, tras la firmeza del Auto que declaró procedente la extradición, la prisión dudosamente podría verse afectada por ningún límite temporal».

La STC, después de declarar el significado prevalente de la libertad y de recordar que la prisión provisional es una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos, centra su atención en las notas de legalidad y excepcionalidad de esta medida. Dice la STC que «la prisión provisional sólo puede ser impuesta en la medida en que esté prevista expresamente por la ley, hasta el punto de que cabe formular la máxima *nulla custodia sine lege*», añadiendo que la interrelación entre los apartados 1 y 4 del artículo 17 CE comporta obligaciones tanto para el legislador como para el órgano judicial.

«a) La Ley (dentro de los límites que le marcan la Constitución y los tratados internacionales) desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, y donde —aunque no sólo— se determina el tiempo “razonable” en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación (STC 241/1994, de 20 de julio). Pero a pesar de este carácter decisivo de la ley respecto a la posibilidad de prever restricciones a la libertad, no cabe duda de que tal ley ha de estar sometida a la Constitución. Por ello, hemos afirmado que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal (...), así como que el artículo 17.4 CE no es una norma en blanco (...). En materia de prisión provisional, aparentemente la Constitución sólo impone de manera expresa al legislador la obligación de fijar plazos, plazos que han de ser efectivos, y, como competencia que incumbe al legislador, es obvio que éste puede varias tales plazos (...). Pero aunque

el artículo 17.4 CE no imponga un límite preciso y terminante para la duración máxima de la situación de prisión provisional, desde nuestras primeras resoluciones al respecto hemos afirmado que tanto el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, imponen, por la vía del artículo 10.2 CE, la exigencia de que dicho plazo sea determinado de manera “razonable” (...). En sentido similar, la STC 128/1995, FJ 3, advierte que el principio de proporcionalidad limita la duración máxima de la prisión provisional. Como destaca la STC 98/1998, la imposición constitucional de que el legislador determine el plazo máximo de duración de la prisión provisional encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del artículo 17.4 CE. Al mismo tiempo, este precepto pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso (...). Igualmente, la ley que prevea los supuestos de prisión provisional así como su duración máxima ha de adoptar la forma de ley orgánica, ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 CE (...). b) La prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales. Aunque la Constitución no imponga expresamente la judicialidad de esta medida, es lo cierto que la doctrina de este Tribunal la ha afirmado reiteradamente desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada (...). E incluso se ha señalado esta misma característica en un procedimiento de extradición (...). La regla *nulla custodia sine lege* obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (unos de los casos a que se refiere el art. 17.1 CE) y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la forma mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley, como cuando se opera contra lo que la ley dispone (...). Y también hemos afirmado que los plazos han de cumplirse por los órganos judiciales, por lo que en caso de incumplimiento resulta afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el artículo 17 CE (...). El preso preventivo goza pues de un derecho fundamental a no permanecer en prisión más allá de un plazo razonable (...), y desde luego a ser puesto en libertad una vez que se ha cumplido el plazo máximo de duración de la medida cautelar impuesta por una misma causa. Se solapan así y coinciden en esta materia infracción legal y vulneración de la Constitución, de modo que la eventual superación del plazo máximo de la prisión provisional adquiere un rango constitucional (...). En consecuencia, no cabe que la interpretación judicial sobre el precepto legal que determina el plazo de la prisión provisional sea reconducida de manera mecánica al ámbito de una cuestión de legalidad ordinaria; al contrario, ya que en ese precepto se determinan las condiciones formales y materiales bajo las que procede la privación provisional de libertad, la interpretación al respecto mantenida por los Tribunales puede adquirir

relevancia constitucional si, por su naturaleza, la misma desconoce los márgenes legales hasta el extremo de que desfigure los enunciados de la ley que resulta de aplicación» (FJ 4).

En cuanto a la excepcionalidad de la prisión provisional, recuerda lo dicho en la STC 14/2000: «la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar; así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)». Añade la STC que «en un sistema como el que configura la Constitución, en el que la libertad desempeña un papel nuclear (...), el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción. Por otra parte, y aunque la prisión provisional coincida materialmente con las penas privativas de libertad, ya que también consiste en una restricción de la libertad, al tratarse de una medida cautelar no puede ser confundida ni plenamente identificada con la pena de prisión; con la prisión provisional no pueden perseguirse fines punitivos ni de anticipación de la pena (...). Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio del *favor libertatis* (...) o del *in dubio pro libertate* (...), formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad (...). Por tratarse de una medida excepcional, hemos señalado también que el derecho a la libertad se vulnera, no sólo cuando el afectado por ella sigue en prisión más allá del límite máximo absoluto (...), sino incluso cuando, siendo legalmente posible la prórroga o el mantenimiento de la medida, las decisiones judiciales correspondientes no han sido acordadas antes de que se cumpliera el plazo relativo oportuno (...). En el mismo sentido hemos declarado que no es posible computar el plazo máximo de prisión en función de cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto (...). Ni tampoco cabe contabilizar dentro del tiempo de prisión provisional sufrido como consecuencia de un procedimiento el período de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa, porque ello determinaría también que el límite temporal de duración de la prisión provisional dependiera de un elemento incierto (...), doctrina ésta que hemos extendido al ámbito en que coincide la situación de prisión provisional por extradición con la situación de penado en prisión por otra causa (...). En estas últimas resoluciones se contiene la declaración general de que los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el precepto que la regula, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma» (FJ 5).

La STC destaca que corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos que justifican la adopción de la medida, y que al TC sólo le compete un control externo de que esa adopción, o su mantenimiento, se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. En cuanto a la distinción de la medida, según se imponga en un procedimiento por delito o en un procedimiento extradicional, señala la STC que en este último «no se enjuicia la responsabilidad penal de una persona, sino la solicitud de entrega de un ciudadano formulada por otro Estado. Por otra parte, la re-

gulación legal es distinta, ya que la previsión de la medida en los procedimientos de extradición se efectúa bien en los Convenios aplicables bien en la Ley de Extradición Pasiva, aunque esta última disposición se remite en esta materia, y en particular respecto al límite máximo de la prisión, a los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (párrafo 3 del art. 10 LEP). Además, se prevé que la finalidad de la prisión provisional en el procedimiento de extradición es la de evitar la fuga del reclamado (art. 8.3 LEP). La normativa aplicada en el supuesto que da pie al presente recurso ha sido incluida en la Ley de Extradición Pasiva, por lo que procede examinar la regulación de la prisión provisional en lo que interesa a este recurso de amparo. Dejando al margen el período de detención, que dicha disposición denomina preventiva (art. 8 LEP), la referida Ley 4/1985 contempla dos períodos de prisión a los que se ha referido la STC 2/1994, de 17 de enero, FJ 3, en los supuestos en que el Estado requirente ha formulado una petición urgente de detención preventiva, que es lo que ha ocurrido en el presente caso. El primer período, que se inicia desde que se decreta la prisión provisional, prevé un plazo relativo de cuarenta días de prisión en el artículo 8.2 y en el párrafo 1 del artículo 10 LEP, pasados los cuales debe ser dejada sin efecto si el Estado requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición. Si la solicitud de extradición hubiese sido presentada dentro de dicho plazo, el mismo párrafo 1 del artículo 10 LEP contempla un segundo período, señalando que el plazo de prisión se ampliará otros cuarenta días más, contados desde la presentación formal de la solicitud de extradición. Uno y otro plazo suman un total de ochenta días. El párrafo 3 del artículo 10 LEP determina que el límite máximo de la prisión provisional del reclamado y los derechos que corresponden al detenido por causa de la extradición se regirán, en lo no previsto por esta Ley, por los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez que concluye la fase judicial de extradición mediante Auto firme en el que se declara procedente la extradición, la Ley de Extradición Pasiva reconoce implícitamente la posibilidad de que continúe la situación de prisión provisional. Así cabe deducirlo del artículo 18.3 LEP, donde se indica que, si el Gobierno deniega la extradición, lo comunicará al Tribunal para que acuerde la puesta en libertad de la persona reclamada. La misma conclusión se deriva del artículo 19.3 LEP, en el que, habiendo acordado el Gobierno la entrega, se establece que si la persona reclamada no hubiera sido recibida por las autoridades o agentes del Estado requirente en la fecha y lugar fijados, podrá ser puesta en libertad transcurridos quince días a contar desde dicha fecha y necesariamente a los treinta. La doctrina de este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de la extradición pasiva hay que tener en cuenta como límite máximo para la prisión provisional bien el contemplado en los Convenios internacionales aplicables (...), bien el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...). Simultáneamente resulta preciso tener en cuenta la exigencia del carácter razonable de un período de prisión provisional, previsto en el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que el Tribunal Europeo ha considerado aplicable a los supuestos de extradición» (FJ 6).

En el caso concreto resuelto, que es diferente al que dio lugar a las SSTC 71/2000 y 72/2000, dice la STC, «ya que en estas resoluciones se examinó —y rechazó— el criterio de cómputo consistente en excluir de la situación de prisión provisional el período de tiempo en el que el afectado por la medida se encontraba simultáneamente en situación de penado por otra causa. Sin embargo, en el presente recurso de amparo se trata de enjuiciar un distinto criterio de cómputo, conforme al cual no son acumulables los distintos períodos de prisión en una misma causa,

cuando son discontinuos debido a la circunstancia de estar separados por fases –más o menos duraderas– de suspensión de la prisión. Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, no resulta admisible este último criterio. En efecto, el artículo 17.4 CE exige que la ley determine –y el Juez aplique– el plazo máximo para la prisión provisional. Esta exigencia es válida para cualquier tipo de proceso en el que se pueda imponer una medida que materialmente constituya una prisión provisional (...). Y por lo tanto también rige en el procedimiento de extradición. Pues bien, como quiera que se regule y aplique el plazo máximo de la prisión provisional, dentro del respeto a las restantes exigencias que la Constitución impone a dicha medida, ésta debe contar con un plazo máximo absoluto infranqueable en relación con un mismo procedimiento de extradición. El legislador es libre, pues, para establecer cualquier tipo de prórrogas, prolongaciones, restauraciones o plazos relativos para la privación provisional de libertad, siempre que cumpla los requisitos de legalidad, racionalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y evitación de dilaciones indebidas, pero en cualquier caso debe prever –como le impone el art. 17.4 CE– un plazo máximo, que para ser verdaderamente tal ha de ser absoluto o lo que es lo mismo improrrogable, pues en caso contrario no tendría la condición de máximo. De la misma manera, el órgano judicial que interpreta y aplica la norma sobre tal plazo máximo, además de observar las exigencias de legalidad, excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad en cuanto a la consecución de fines constitucionalmente legítimos respecto a la medida de prisión provisional, debe otorgar plena efectividad a dicho plazo, impidiendo que resulte indeterminado o que dependa de elementos inciertos. Estas exigencias, impuestas a ambos Poderes del Estado, obedecen a los objetivos que persigue la Constitución al someter la duración de la prisión provisional a un plazo máximo en su artículo 17.4: por un lado, el plazo representa una garantía de seguridad, de manera que el afectado por la medida cautelar sabe o puede saber que la prisión nace con un fin o término temporal predeterminado legalmente; por otro lado, el plazo ayuda a evitar incurrir en dilaciones indebidas. La STC 98/1998, FJ 2, ya advirtió que cada situación de prisión judicialmente acordada nace con un plazo inicial de caducidad que puede ser interrumpido por la puesta provisional en libertad y que puede ser excepcionalmente ampliado si concurren las circunstancias previstas en el precepto legal aplicable. En efecto, en una misma causa el órgano judicial puede decretar períodos continuos o discontinuos de prisión –lo que permite expresamente para la extradición el artículo 8.3 LEP–, pero todos ellos deben computarse de forma cumulativa para la determinación del plazo máximo de duración impuesto por el artículo 17.4 CE. Del mismo modo, en anteriores decisiones de este Tribunal se ha reconocido legitimidad, en cuanto permitida por la Ley, a la posibilidad de que el Juez o Tribunal decida la «reinstauración» de la prisión ante la concurrencia de determinadas circunstancias objetivas y predecibles (...), pero tal reinstauración no puede impedir el derecho a disponer de un plazo máximo de prisión ni consecuentemente del derecho a ser puesto en libertad una vez transcurrido éste» (FJ 8).

«Lógicamente, puede ocurrir, como aquí sucede, que sobre un mismo sujeto se impongan diferentes medidas de prisión provisional originadas por distintos procedimientos penales, que pueden coincidir incluso con el cumplimiento de condenas privativas de libertad. Pues bien, en tal hipótesis el límite máximo respectivo surte efectos respecto de cada uno de los procedimientos, por lo que no resultará infringido el artículo 17.4 CE por este motivo, cuando, excedido el plazo máximo por una causa o título, se mantenga la situación de prisión por razón de

otro procedimiento distinto (...). En este caso el seguido en España por delito aquí cometido» (FJ 9).

Por último, frente al razonamiento sostenido por el órgano jurisdiccional según el cual el mantenimiento de la situación de prisión provisional del recurrente es meramente instrumental para la entrega del reclamado al Estado requirente, por lo que no podría verse afectada por ningún límite temporal, sino sólo por la concurrencia de los presupuestos de la medida cautelar, la STC opone que «la medida cautelar sigue teniendo la naturaleza material de prisión provisional incluso después de que los órganos judiciales hayan declarado procedente la extradición, pues supone una auténtica privación de libertad en el sentido del apartado 1 del artículo 17 CE y, consecuentemente, también en el sentido del apartado 4 del mismo precepto (...). Además dicha medida no se impone para la ejecución de la extradición, entendida en sentido estricto, ya que ésta consiste en la entrega efectiva del reclamado a las autoridades del Estado requirente, y en el momento procesal al que se ha hecho referencia todavía falta el acuerdo del Gobierno favorable –o en su caso desfavorable– a la extradición. Y por lo tanto la prisión provisional también ha de quedar sometida a la existencia de un plazo máximo de duración en virtud del artículo 17.4 CE, para cuyo cómputo habrá que incluir el período previo de prisión que el sujeto reclamado haya sufrido como consecuencia de una misma solitud de extradición» (FJ 10).

(Sentencia 147/2000, de 29 de mayo. «BOE» núm. 156, de 30 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 243/1999. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal (art. 17 CE) en relación con la prisión provisional. Prisión provisional suficientemente motivada

La principal alegación sostenida por el recurrente se refería a la fundamentación del mantenimiento de la medida limitativa de la libertad personal acordada en el curso de la investigación de un hecho delictivo.

La STC destaca la inexcusabilidad de concebir la prisión provisional «tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan, pues se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico (...). Desde la perspectiva de la Constitución la prisión provisional es, pues, una medida cautelar cuya profunda incidencia en la libertad personal condiciona su aplicación en términos muy estrictos. De lo expuesto se desprende que, como reiteradamente hemos destacado, la adopción de tan drástica medida, además de partir como presupuesto de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir como objetivo algún fin constitucionalmente legítimo, y, en este ámbito, lo es únicamente la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso (entre ellos hemos identificado ya en anteriores pronunciamientos, el peligro de fuga, la posibilidad de obstrucción de la investigación y la reiteración delictiva). Por consiguiente, en la resolución que la acuerde o la mantenga han de reflejarse datos que permitan apreciar, no sólo la

conurrencia de motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona afectada, presupuesto indispensable para acordarla, sino, también, la concurrencia de alguno de los fines que pueden, desde una perspectiva constitucional, justificar su adopción. Ante las quejas que denuncian defectos en la fundamentación de las resoluciones judiciales que acuerdan preventivamente la privación de libertad, no corresponde al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo, consistente en determinar que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. La jurisdicción de amparo se ciñe, pues, a constatar si la fundamentación que las resoluciones judiciales exponen es suficiente (por referirse a todos los extremos que autorizan y justifican la medida), razonada (por expresar el proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y proporcionada (esto es, si ha ponderado los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad)» (FJ 5).

En el caso concreto, las resoluciones recurridas, dictadas ya en fase de preparación de juicio oral, habían asumido los argumentos exteriorizados en otras resoluciones dictadas en la causa con anterioridad; método de fundamentación que la STC considera compatible con las exigencias constitucionales, «pues no cabe olvidar que la modificación de la medida cautelar analizada puede solicitarse a lo largo de la causa tantas veces como se quiera, y, por ello, la resolución del órgano judicial por la que mantiene la prisión antes decretada puede partir de la fundamentación expresada anteriormente, y analizar desde ella si las razones alegadas en la petición para decretar la libertad justifican o no un cambio en la apreciación anteriormente expresada, o si el mero transcurso del tiempo obliga a revisar el fundamento o la propia decisión de mantener la privación de libertad. En cuanto al cumplimiento de las exigencias constitucionales expuestas, ninguna objeción cabe hacer a la apreciación judicial de que, conforme exige el artículo 503.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existían y subsistían en el caso analizado, motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la recurrente. Por remisión a resoluciones anteriores se explicitan los hechos provisionariamente acreditados y las fuentes de los mismos: basta leer en las actuaciones el escrito de la recurrente..., por el que solicitó la libertad provisional para apreciar que en la causa constan conversaciones telefónicas de la recurrente que permiten provisionalmente relacionarla con los hechos investigados, así como la declaración prestada por uno de los coimputados que la involucra expresamente, declaración que aparece indiciariamente corroborada por el hallazgo de una maleta con más de 25 kgs. de cocaína. A partir de dichos datos no cabe calificar de ilógico o de argumentalmente insuficiente mantener la existencia de indicios de responsabilidad criminal de la recurrente, sin que ningún otro juicio al respecto competa a este Tribunal desde la perspectiva del amparo del derecho a la libertad. De la misma forma la integración de las resoluciones cuestionadas con aquellas a las que se remiten permite afirmar que las mismas expresan razonadamente el fin legítimo que se persigue con la medida: evitar el riesgo de fuga. La presencia de dicho riesgo se apoya en la contundencia de un dato objetivo inicial, la gravedad de los hechos y de la pena prevista para ellos, que se conjuga con otros datos que tienen que ver con el resto de circunstancias concretas y subjetivas de la recurrente que pueden dar razón de su efectiva disponibilidad hacia los órganos judiciales. Así el Auto recurrido asume las razones expuestas por el Ministerio Fiscal en su informe favo-

nable a la prórroga de la prisión preventiva decretada y las incorpora como fundamento de la necesidad de mantener la privación de libertad de la recurrente. En dicho informe se hacía referencia a sus antecedentes penales por tráfico de drogas, a su indiciaria integración en una organización internacional dedicada al tráfico de drogas a gran escala, y, por ello, a su contactos con países extranjeros, así como a su propia condición de no nacional, expresiva en este caso, únicamente, de su menor arraigo en nuestro país» (FJ 6).

(Sentencia 164/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 3732/99. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Deniega el amparo)

Derecho a la libertad personal: prisión provisional insuficientemente motivada. STC 128/1995

En el caso que resuelve, favorablemente, la STC, la recurrente no había cuestionado la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, posteriormente corroborado por la imposición de una condena acordada de conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal, sino la falta de exteriorización, y por lo tanto de ponderación, de los fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la adopción de la medida de prisión provisional y las circunstancias del caso concreto. «Según hemos venido afirmando a partir de la citada STC 128/1995, la finalidad constitucionalmente legítima de la prisión provisional puede estar basada en exclusiva en la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado, se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo así como, en general, sobre la sociedad. Estos riesgos los hemos concretado en la sustracción del imputado a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal y, en determinadas condiciones, el peligro de reiteración delictiva (...). Por lo tanto, y desde el prisma de la exteriorización del razonamiento judicial que permite adoptar tan drástica medida, hemos exigido en las resoluciones y fundamentos antes mencionados, que la resolución acordando la prisión provisional, o decidiendo su mantenimiento, ha de reflejar no solamente la concurrencia de motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona afectada, sino la concurrencia de alguno de estos fines justificativos, de modo que la ponderación de las circunstancias concretas del caso ha de reflejarse en la decisión del órgano judicial y, además, no ha de ser arbitraria, es decir, debe ser acorde con las reglas del razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional, porque sólo así existirá una verdadera ponderación de los intereses en juego —la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro—. No obstante, en relación con nuestra competencia en esta materia, es decir, desde la perspectiva del reparto de las tareas institucionales en la protección de los derechos fundamentales, hemos declarado que corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la posible reiteración delictiva o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la Ley, de manera que no

corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten su adopción o al mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución» (FJ 4).

En el caso concreto, se había puesto de manifiesto por la recurrente y su abogado, en el acto de la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2) LECrim, determinadas circunstancias personales y familiares de la recurrente que eliminarían los riesgos de elusión de la acción de la justicia penal (situación familiar, domicilio de la detenida estable en el tiempo en la ciudad, enfermedad de la recurrente y necesidad de cuidados de un hijo), que no fueron objeto de consideración alguna ni por el Juez de Instrucción ni por la Audiencia Provincial en sus respectivas resoluciones, impugnadas en amparo, así como tampoco ponderación alguna de los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional.

La STC señala que aunque es cierto que en el presente supuesto se trata de una medida adoptada en los primeros momentos de la investigación, y que en estos momentos iniciales «no puede exigirse en rigor la ponderación de todas las circunstancias personales concurrentes, pudiendo inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga de la gravedad del hecho y de la pena asignada al delito. Mas, en todo caso, la decisión de adoptar la prisión provisional ha de expresar la finalidad constitucionalmente legítima, es decir, ha de exteriorizar, hasta hacer cognoscible, para qué se acuerda, sin que pueda considerarse una motivación ajustada a los parámetros antes expuestos aquella que no sea suficiente, razonada y proporcionada, y sólo lo será aquella que expresa el proceso lógico que individualiza la aplicación de la Ley al caso concreto y que pondera los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad. Debe tenerse en cuenta además que en el presente caso entre la primera decisión de prisión provisional del órgano de instancia y la resolución dictada por la Audiencia Provincial transcurrieron veinte días y las circunstancias personales concurrentes en el caso fueron explicadas y reiteradamente expuestas por la recurrente. Ninguna de las resoluciones judiciales dictadas ha considerado, ni siquiera formalmente, los fines constitucionalmente legítimos que perseguía la decisión, ni ha contestado a las razones ofrecidas por la recurrente para descartar la existencia de un riesgo de fuga, limitándose a subsumir los hechos que indiciariamente le estaban atribuidos en el tipo penal, para considerar que la gravedad de la pena, junto a la existencia de antecedentes penales (concepto distinto al del riesgo de reiteración delictiva) es suficiente para acordar la privación provisional de la libertad personal de la recurrente. Esta carencia de motivación razonable constituye, conforme a nuestra doctrina, una vulneración del derecho a la libertad, pues para valorar la razonabilidad de la medida adoptada y su acomodación a los fines que constitucionalmente la legitimarían, es preciso que la resolución judicial limitativa de la libertad personal exprese no sólo el fin perseguido por la misma, sino también la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta qué punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. Sin referencia alguna al fin perseguido resulta imposible hacer las valoraciones expuestas. En consecuencia, desde el control externo que nos corresponde de la razonabilidad y conexión de la medida acordada con los fines de la prisión provisional, ha de concluirse que las resoluciones judiciales no han exteriorizado en modo alguno ni el fin perseguido con la medida, ni la utilidad en su adopción, ni

tan siquiera han abordado las razones expuestas por la recurrente para descartar la elusión de la acción de la Administración de Justicia, por lo que debe otorgarse el amparo, reconociendo la vulneración del derecho proclamado en el artículo 17 CE, lo que ha de conllevar la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas. No obstante lo anterior, ha de ponerse de relieve la circunstancia sobrevenida a la presentación de la demanda de amparo a la que se hizo referencia: por expresa conformidad de la recurrente, ha sido condenada a las penas de tres años de prisión y multa por el delito contra la salud pública y a la de seis meses de prisión por el delito de receptación. Esta condena es firme y ejecutoria, por lo que la recurrente en amparo se encuentra en este momento cumpliendo condena. En consecuencia, el fallo ha de limitarse a declarar la vulneración del derecho sin perjuicio de que el Tribunal sentenciador determine lo procedente respecto al abono del tiempo en que la recurrente estuvo inconstitucionalmente privada de libertad y sin que en modo alguno esta declaración conlleve su puesta en libertad» (FJ 6).

(Sentencia 165/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 4587/99. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad (art. 17.2 CE): límite temporal de la situación de privación de libertad en los supuestos de extranjeros custodiados por la policía mientras se procede a su expulsión por carecer de los requisitos legales para entrar en España. Derecho al habeas corpus (art. 17.4 CE): vulneración por inadmisión a trámite de la solicitud por razones de fondo; distinción entre el juicio de admisibilidad de la solicitud y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención

El recurrente en amparo había llegado a España procedente de Senegal el 2-12-1999, solicitando el reconocimiento de su condición de refugiado y la concesión de asilo, denegada el 7-12-1999; este último día solicitó el reexamen de la solicitud de asilo, desestimada por resolución del 9-12-1999. El 13-12-1999, el Abogado que se le designó para que le asistiera en su solicitud de asilo instó ante el Juez de Instrucción el procedimiento de *habeas corpus*, cuya incoación le fue denegada por Auto de ese mismo día. El recurrente alegaba, básicamente, la vulneración del artículo 17.1 CE, porque al encontrarse custodiado por la policía mientras se decidía sobre su expulsión, se encontraba en la situación de detención y por ello tenía derecho a que el Juez controlara la legalidad de la detención mediante el procedimiento de *habeas corpus*, añadiendo que el plazo máximo que tenía la Administración para rechazar al solicitante de asilo era de setenta y dos horas desde la resolución de la denegación de reexamen y, por tanto, transcurrido dicho plazo, la detención del recurrente en amparo en la zona de tránsito del aeropuerto devenía ilegal, alegando también haber sufrido malos tratos.

La primera cuestión planteada por el recurso de amparo es la relativa a la determinación de si el límite de setenta y dos horas que establece el artículo 17.2 CE es aplicable al tiempo que permanece un extranjero custodiado por la policía mientras se procede a su expulsión por carecer de los requisitos legales para entrar en España. «Al respecto lo que debe señalarse es que la referida situación debe ser

considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (posibilidad que es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países) impida considerar que no existe dicha privación de libertad (STC 174/1999, FJ 5, en el mismo sentido STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*), pues, con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (...), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (...), lo cierto es que el recurrente se encontraba custodiado por la policía en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria que determina una privación de libertad. Ahora bien, el hecho de que pueda considerarse que en tales casos existe una privación de libertad no significa que necesariamente le resulten de aplicación las garantías que establecer el artículo 17.2 y 3 CE. Como sostuvimos en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6, «el “detenido” es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de “carácter penal”. No obstante, como también se afirma en la Sentencia citada, “ello no significa que las garantías establecidas en los núms. 2 y 3 del artículo 17 no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva”. Por esta razón en la referida Sentencia mantuvimos que en estos otros casos de privación de libertad el control de constitucionalidad debe realizarse atendiendo a los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados 2 y 3 del artículo 17 CE “y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate” (STC 341/1993, FJ 6). En todo caso, debe señalarse que estas otras privaciones de libertad distintas de la específicamente prevista en el artículo 17.2 CE, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 17.1 CE “sólo pueden tener lugar en los casos y en la forma previstos en la Ley” y deben ser conformes al principio de limitación temporal que se induce del artículo 17.2 CE» (STC 174/1999, FJ 4), teniendo en cuenta además que esta remisión a la Ley no pueda entenderse como una habilitación al legislador para prever privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, lo que no significa que a estas otras situaciones de privación de libertad les resulte de aplicación necesariamente el plazo de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 CE» (FJ 2).

Precisamente, añade la STC, «uno de estos supuestos en los que puede existir una privación de libertad distinta de la detención preventiva a la que expresamente se refiere el artículo 17.2 CE es aquel en que la ejecución de un acto administrativo conlleva adoptar medidas de compulsión personal que determinen una privación de libertad. En concreto hemos sostenido que la ejecución forzosa de un orden de devolución por la que se actualiza la prohibición de entrada en territorio español impuesta a un extranjero mediante una previa resolución administrativa legítima un estado de compulsión en “la zona de rechazados” de un aeropuerto; medida a la que hemos considerado que no le resulta necesariamente de aplicación el límite temporal de setenta y dos horas al que se refiere el artículo 17.2 CE (...)). De todos modos, continúa diciendo la STC, «no puede ni durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar el acto administrativo, es decir, más del tiempo estrictamente necesario para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tener una duración que en sí misma pueda considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales

conllevaría la ejecución del acto» (FJ 3). En el caso concreto, la STC concluye señalando al respecto que la privación de libertad que el recurrente sufrió no tuvo una duración que pudiera considerarse contraria al derecho fundamental a la libertad que consagra el artículo 17.1 CE.

La segunda cuestión planteada por el recurrente se refería a la lesión del mismo derecho a la libertad personal, por haber rechazado el Juzgado de Instrucción, *a limine*, la incoación del procedimiento de *habeas corpus* que aquél había solicitado. En este extremo el TC sí le da la razón al recurrente.

La STC, con cita de las SSTC 174/1999 y 232/1999, señala la especial relevancia constitucional que tiene en el procedimiento de *habeas corpus* la distinción explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, entre el juicio de admisibilidad de la solicitud y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención, ya que solamente a través de un enjuiciamiento de fondo y previa comparecencia y audiencia de la persona privada de libertad, podrá valorarse si dicha situación de privación de libertad es o no ilegal. Por esta razón hemos sostenido que esta decisión no puede adoptarse en el trámite de admisión, ya que la esencia de un procedimiento de *habeas corpus* consiste precisamente en que, siempre que la persona se encuentra efectivamente detenida, el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial (...) para que el detenido, una vez puesto en presencia del Juez, pueda formular las alegaciones y pruebas que estime convenientes en relación con la legitimidad de la situación de privación que padece. De este modo, en los casos en que la situación de privación de libertad exista –requisito, que junto con los exigidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 6/1984, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento (...)– el enjuiciamiento de su legalidad debe efectuarse, no en el trámite de admisibilidad, sino en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante de *habeas corpus* (...), ya que sólo garantizando que el Juez se pronuncia sobre la legalidad de la situación de privación de libertad padecida una vez que el detenido ha sido llevado a su presencia y ha tenido, por tanto, oportunidad de oírle, se garantiza el derecho consagrado en el artículo 17.4 CE (...); derecho que al constituir un medio de defensa de los demás derechos sustantivos que establecen los demás apartados del artículo 17 CE (...) debe considerarse también que su lesión conlleva la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal que genéricamente consagra el artículo 17.1 CE. Por otra parte debe señalarse que la referida garantía resulta de aplicación en todos los casos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez (...); garantía además que hemos considerado específicamente aplicable en las detenciones impuestas en materia de extranjería (...) y en concreto en los casos en los que la detención o privación de libertad del solicitante de *habeas corpus* tiene como objeto ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional (...); supuesto éste en el que las circunstancias que debe examinar el Juez del *habeas corpus* no son las relativas a la procedencia de la expulsión, objeto en su caso de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos sino, precisamente, las de la detención preventiva previa a la expulsión, ya que el Juez del *habeas corpus* debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la Ley permite privar de libertad a una persona porque del ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de aquel acto administrativo dependía el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad y la legalidad o no de la detención» (FJ 5).

En el caso concreto, la STC concluye afirmando la lesión del derecho al *habeas corpus* (art. 17.4 CE), luego de comprobar que el Juez, en el trámite previo de admisibilidad, y, por tanto, sin que el que instó el procedimiento de *habeas corpus* fuera puesto en su presencia, había efectuado un enjuiciamiento de fondo de la legalidad de la situación de privación de libertad padecida por el recurrente.

(Sentencia 179/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 5317/99. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho a guardar silencio y a no declarar (art. 17.3 CE). Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): valoración como indicio de cargo de la postura inicial de la detenida de guardar silencio y negarse a prestar declaración

La recurrente en amparo había sido condenada como autora de un delito contra la salud pública y de un delito de contrabando, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, luego confirmada por el Tribunal Supremo, habiéndose declarado como hecho probado que aquélla había recibido un paquete, remitido desde Brasil y a su nombre, que por las sospechas que inicialmente originó en la estafeta de Correos del Aeropuerto de Barajas, fue objeto de una entrega controlada; en el interior del paquete se encontraron dos bolsas con 247,3 gramos de cocaína. Según la recurrente, la condena no se habría basado en prueba suficiente de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que habría tenido lugar por la inferencia derivada de su negativa a declarar, penalizándose así el ejercicio del derecho a guardar silencio que le artículo 17.3 CE garantiza.

En cuanto al artículo 17.3 CE, la STC recuerda que «su finalidad no estriba sino en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando que la situación de detención no produzca en ningún caso la indefensión del afectado (...). El desarrollo en la legislación ordinaria de los derechos reconocidos en el artículo 17.3 se ha producido por el artículo 520.2 LECrim (...). De otra parte, se ha de retener que este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el artículo 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex artículo 24.2 CE (...), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (...). Pues bien, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (...), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una ex-

plicación. A propósito, conviene comenzar precisando que la presente queja tiene un carácter predominantemente formal, por cuanto no consta que el derecho a no ser obligado a declarar en el momento de la detención no fuese garantizado a la recurrente. En efecto, nada se indica en la demanda, ni se desprende tampoco de las actuaciones, acerca de la existencia de impedimento alguno a la recurrente para ejercitar su derecho a guardar silencio en aquel momento, porque se hubiese visto forzada o coaccionada a declarar ante los agentes de la autoridad (...). Es más, de hecho, la denunciada vulneración no viene referida al momento inicial de la detención sino que se desplaza a un momento posterior, aquel en el que a la recurrente se le ha impuesto una condena, ratificada luego en casación. Aclarado esto, sin perjuicio de la concreta articulación de la queja, el objeto sobre el que se ha de centrar nuestro análisis, no será tanto el alegado derecho a guardar silencio, cuanto el derecho a la presunción de inocencia, con el que en la propia demanda expresamente se relaciona la supuesta vulneración del artículo 17.3 CE y con el que este derecho se encuentra estrechamente ligado» (FJ 3).

(Sentencia 202/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 2409/97. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Deniega el amparo)

Derecho a la libertad personal: procedimiento de habeas corpus (art. 17.4). STC 208/2000

La presente STC viene a reproducir en su práctica totalidad los fundamentos jurídicos de la STC 208/2000, al tratarse de un supuesto similar. También aquí el Auto impugnado había anticipado el fondo en el trámite de admisión, en un procedimiento de *habeas corpus*, impidiendo así que el recurrente pudiera comparecer ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas, razón por la que la STC otorgó el amparo.

(Sentencia 209/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 4565/99. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal: prisión provisional mantenida por decisión de la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional, previa avocación, sin atenderse a la fundamentación de la Sección, y sin petición del Fiscal, que se funda en la Ley de Extradición y está suficientemente motivada

El recurrente en amparo, de nacionalidad británica, objeto de un proceso de extradición en virtud de una orden de detención expedida por las autoridades judiciales de Francia, dirigía su recurso contra los Autos dictados por el Pleno de la Audiencia Nacional que le habían denegado su petición de libertad provisional formulada en el expediente de extradición seguido contra él en virtud de una reclamación de Francia para el cumplimiento de una pena de cinco años de prisión a

que había sido condenado por un delito contra la salud pública. Con anterioridad, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había denegado una anterior solicitud de libertad, basándose en entender no acumulables los distintos períodos de prisión provisional sufridos en la misma causa para el cómputo del plazo máximo de prisión provisional; decisión que fue anulada por el TC en la STC 147/2000, por cuanto dichos períodos sí «deben computarse de forma cumulativa para la determinación del plazo máximo de duración impuesto por el artículo 17.4 CE».

La primera queja del recurrente se basaba en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, porque mientras que la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había entendido que el plazo máximo de prisión provisional aplicable al caso era el de un año, en los Autos recurridos del Pleno de la Sala, a quien se avocó el conocimiento del asunto, se entendió que el plazo aplicable era el de dos años. La STC examina la cuestión de si los Autos recurridos suponían desconocer un anterior pronunciamiento en el mismo expediente de extradición sobre el plazo máximo de prisión provisional aplicable, llegando a la conclusión negativa. La STC niega que los dos Autos de la Sección Segunda contuvieran una declaración clara y terminante de que el plazo máximo de prisión aplicable en la causa de extradición en que se dictaron fuese el de un año, y en cuanto al hecho de haberse elevado las actuaciones al Pleno de la Sala para que fuese éste quien dictase la resolución procedente en relación a la solicitud de libertad formulada, «se hizo uso de una facultad que viene expresamente prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que no supone la manifestación de prejuicio alguno que haga perder la imparcialidad objetiva a dicho órgano. Es más, aun cuando se trate de una forma de constituir la Sala de Justicia, no puede tampoco desconocerse que en materia de extradición el Pleno de la Sala tiene unas funciones específicas que lo configuran como último órgano decisor en materia de extradición, pues a él viene atribuido el conocimiento de los recursos de súplica que se deduzcan contra la decisión de la Sección accediendo o denegando la extradición (art. 15.2 de la Ley de Extradición Pasiva). De ahí que no pueda siquiera intuirse una finalidad torcida en el ejercicio de una facultad prevista legalmente que desemboca en que la decisión se tome por el órgano constituido de forma idónea para la unificación de criterios, o para el establecimiento de la jurisprudencia unificada, que regule con caracteres de seguridad y certeza la interpretación jurídica en materias determinadas, cual la extradición» (FJ 3).

La segunda queja del recurrente se refería al hecho de que el órgano judicial denegó la petición de libertad formulada contra el criterio del Ministerio Fiscal, de manera que se le mantuvo en prisión provisional sin petición de parte acusadora alguna. Según la STC, «ha de partirse de que la Ley de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985, no configura un procedimiento penal en sentido estricto, de ahí que no contenga ninguna norma que exija la previa petición para que pueda ser acordada o mantenida la prisión provisional, sino que en el último párrafo del artículo 10 se remite a la regulación de la LECrim en lo que se refiere, específicamente, al límite máximo de prisión provisional del reclamado y a los derechos que corresponden al detenido. Por otra parte en el ATC 277/1997 (FJ 2) hemos declarado que la determinación de si los requisitos procesales para acordar la prisión provisional (arts. 504 ss. LECrim) son trasladables miméticamente a la privación cautelar de li-

bertad que puede ser acordada en el procedimiento de extradición es una cuestión de legalidad ordinaria, sin trascendencia constitucional, por referirse al cumplimiento de requisitos legales del procedimiento de adopción de la medida de privación de libertad. De ahí que la tesis de los Autos recurridos, según la cual el régimen general de la prisión provisional no es aplicable a la privación cautelar de libertad del sometido a expediente de extradición por los razonamientos expuestos con abundancia y coherencia sobre las especialidades del proceso extradicional y de la prisión provisional acordada en su seno, no pueda reputarse lesiva del derecho a la libertad» (FJ 4).

En cuanto a la alegación del recurrente consistente en la vulneración del artículo 17.4 CE por haberse superado el plazo máximo de prisión provisional, a su juicio un año y no dos como entendieron las resoluciones judiciales impugnadas, razonando que «como la pena señalada al delito comprende en parte la prisión menor y en parte la prisión mayor, no puede fijarse la duración de la prisión provisional partiendo de que la pena señalada al delito es de prisión mayor», señala la STC que el recurrente «no discute el criterio judicial de que la determinación del plazo máximo de prisión provisional se realice a partir de la pena señalada en la legislación española al delito por cuya condena se pide la extradición, sino tan sólo que con la pena señalada al delito sea aplicable un límite de dos años a la prisión preventiva. Hay coincidencia, pues, en que la pena señalada al delito básico de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia (14 kilogramos de hachís) es la de prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado medio, y en que de esta pena habrá de partirse para aplicar el artículo 504.4 LECrim. Si hacemos tal precisión es porque el Ministerio Fiscal sostuvo en la causa extradicional que la determinación del plazo de prisión provisional había de hacerse partiendo de que se trataba de un delito castigado con pena de prisión menor, ya que el requerido había sido condenado a una pena de cinco años. De ahí que entendiéndose que el plazo aplicable según el artículo 504 LECrim era de un año, prorrogable luego hasta la mitad de la pena impuesta en aplicación del párrafo quinto de dicho artículo. En cambio la Audiencia Nacional no entendió aplicable dicho párrafo, sino que estimó de aplicación la regla general de que el límite de la prisión provisional lo determina la calificación jurídica de los hechos y la pena que tiene señalada en el Código Penal, habida cuenta además de que la extradición se pedía para el cumplimiento de una pena impuesta en un proceso que, según la legislación francesa, admite su repetición. Partiendo de lo anteriormente reseñado ha de recordarse que el artículo 504 LECrim fija como límite máximo de la prisión provisional el tiempo de un año cuando el delito tiene señalada pena de prisión menor y dos años cuando le corresponde pena mayor, condición que cumple la pena de prisión menor en grado máximo a prisión mayor en grado medio [arts. 344 y 344 bis a) apartado 3] que el Código Penal de 1973 prevé para un delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia (14 kilogramos de hachís). De otra parte el órgano judicial, por si resultaba más favorable al demandante, valoró la pena que le correspondería al delito si se aplicase el Código Penal de 1995, llegando a la conclusión de que, como la pena señalada al delito es la de prisión entre tres y cuatro años y medio, y a su vez la disposición transitoria undécima establece que las penas de prisión de entre tres y ocho años equivalen a la penal de prisión mayor, ha de partirse de esta última pena para la aplicación del artículo 504 LECrim, lo que desemboca en la fijación de un límite de dos años a la prisión preventiva. Pues bien, no puede decirse que la aplicación de la legalidad

ordinaria, con relevancia constitucional dado el derecho fundamental afectado, no resulte fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución, canon al que venimos sujetando el control constitucional de las resoluciones sobre prisión provisional (por todas la reciente STC 47/2000) dado que el párrafo cuarto del artículo 504 LECrim fija la duración del plazo de dicha prisión por referencia a un sistema penal completo y complejo, en el cual no cabe negar que correspondía al delito en el límite superior de su determinación legal pena mayor que la de prisión mayor, y que en el Código de 1995 le corresponden igualmente penas de mayor entidad que la de prisión mayor» (FJ 5).

Por último, el recurrente alegaba la desproporción de la medida de prisión provisional, no justificada, atendido su arraigo personal y familiar en España, la enfermedad cardíaca que padece, el haber disfrutado ya durante el proceso de un período de libertad provisional y la prolongación de la prisión provisional hasta 580 días al tiempo del recurso de súplica. «En la ya nutrida jurisprudencia de este Tribunal sobre la prisión provisional hemos declarado reiteradamente (...) que las decisiones en que se adopte o mantenga la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (...), y que esta motivación ha de ser suficiente y razonable, entendiendo por tal la que pondere la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de la medida. Igualmente hemos precisado que ésta ha de basarse en la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y que ha de tener como objetivo la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, concretando como elemento constitutivo de estos fines la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: «Su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva». En último lugar hemos destacado igualmente cómo la STC 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos –prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria–, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia (...). Por otra parte también nos hemos ocupado con reiteración de las peculiaridades que concurren en la prisión provisional del sometido a un expediente de extradición que la distinguen de la acordada en el curso de un proceso penal ordinario. Así, en la reciente STC 71/2000, citando la STC 5/1998, de 12 de enero, hemos declarado: «Cierto es que la privación cautelar de libertad en estos casos es, por sus efectos materiales, idéntica a la que cabe acordar en el proceso penal, pero mantiene puntos diferenciales que han de ser resaltados. Así, se produce en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste. No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición, y, por ello, no se valora la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de extradición, ni se exige la acreditación de indicios racionales de criminalidad, ni son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional previstas en la LECrim, aunque el párrafo tercero del artículo 10 LEP se remita, subsidiariamente, a los preceptos correspondientes de la misma reguladores del límite máximo de la prisión provisional y

los derechos que corresponden al detenido. Además, su adopción, mantenimiento y duración se regula expresamente en la LEP y se dirige exclusivamente a evitar la fuga del sometido a extradición –art. 8.3 LEP–. Y se decreta, por último sobre quien no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que le reclaman sean o no de su nacionalidad pues para ello ha huido de su territorio o se niega a regresar a él». Pues bien, la resolución impugnada toma en cuenta las peculiaridades indicadas para atemperar a ellas la doctrina constitucional sobre la prisión provisional de la que se hace extenso eco, de forma que consigna en los antecedentes de la resolución impugnada que la entrega, pese a ser acordada por la Audiencia Nacional y por el Gobierno de la Nación, no pudo ser realizada por impedirlo la existencia de otras causas pendientes contra el mismo demandante, para destacar, ya en los fundamentos jurídicos, el valor prioritario que tiene el aseguramiento de la entrega, fin al que se dirige la extradición, frente a los otros fines constitucionalmente legítimos a que nos hemos referido. En consecuencia, cumplidas las exigencias de motivación y exteriorización de los fines constitucionalmente legítimos a que sirve el mantenimiento de la prisión provisional, no corresponde (pues) al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución» (FJ 6).

(Sentencia 207/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 3676/99. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Deniega el amparo)

Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE): procedimiento de habeas corpus (art. 17.4). STC 208/2000

La presente STC viene a reproducir en su práctica totalidad los fundamentos jurídicos de la STC 208/2000, al tratarse de un supuesto similar. También aquí el Auto impugnado había anticipado el fondo en el trámite de admisión, en un procedimiento de *habeas corpus*, impidiendo así que el recurrente pudiera comparecer ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas, razón por la que la STC otorgó el amparo.

(Sentencia 209/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 4565/99. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad: plazo máximo de duración de la prisión provisional (art. 17.4 CE); prisión provisional mantenida sin prórroga expresa, mientras pendían los recursos contra la condena de instancia

El núcleo esencial de la queja del recurrente se refería a la ausencia de una decisión judicial acordando la prórroga explícita de la situación de prisión provisional, una vez dictada la Sentencia condenatoria recurrida, por lo que alegaba la vul-

neración de su derecho a la libertad (art. 17.4 CE). La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia había razonado que «los pocos más de dos años de prisión preventiva sufridos hasta el momento por el recurrente estaban muy lejos de alcanzar la mitad de la pena impuesta».

La STC señala que el anterior razonamiento exigía «dar respuesta a las dos cuestiones ya tradicionales, y resueltas por el Tribunal, sobre si el hecho de que haya recaído sentencia condenatoria supone de forma implícita la prolongación del plazo máximo de prisión provisional inicialmente acordado hasta el límite de la mitad de la pena impuesta y si el mismo efecto puede producirlo de modo implícito el mantenimiento de la situación tras la preparación del recurso de casación. Pues bien, como hemos mantenido desde nuestra temprana Sentencia 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3, la respuesta a ambas cuestiones ha de ser negativa. La doctrina que hemos venido elaborando a partir de dicha resolución, puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones: *a)* El respeto a los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional, de forma que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad (...), pues el plazo máximo de duración de la prisión provisional que el legislador debe establecer por imperativo constitucional y como garantía de la mediación legislativa (...), es asumido por la propia Constitución, como tal plazo máximo, de tal forma que su ignorancia se traduce por fuerza en una vulneración del derecho fundamental a la libertad (...) al punto que, aunque esos plazos puedan variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos, es evidente que han de cumplirse y que ese cumplimiento, como se ha dicho, integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el artículo 17 de la Constitución (...). *b)* La prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de la prisión provisional decretada, requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión y ha de fundarse en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad del enjuiciamiento en el plazo inicial acordado –art. 504, párrafo 4, LECrim.– o que el acusado haya sido condenado por Sentencia que haya sido recurrida –art. 504, párrafo 5 LECrim.–). Además, ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado (...), pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal por más que no venga expresamente exigida por dicho precepto. Finalmente, la lesión producida por la ignorancia del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste (...). *c)* No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del artículo 504, párrafo 5, LECrim, y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar dicha tesis» (FJ 5).

En el caso concreto, la STC concluye afirmando la vulneración del derecho a la libertad del recurrente, pues desde que le fue acordada inicialmente la prisión provisional permaneció ininterrumpidamente en esta situación, primero como preso preventivo, hasta la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y luego como penado desde aquella, sin que en dicho lapso de tiempo hubiera existido ni una sola decisión explícita sobre la prórroga de su situación personal, una vez expirado el plazo ordinario de dos años, habiéndose limitado la Sala Segunda del Tribunal Supremo a argumentar que el recurrente no había permanecido en prisión preventiva el plazo determinado en el artículo 504.4 LECrim –la

mitad de la pena impuesta— en una interpretación que el TC declara expresamente irrazonable desde la perspectiva constitucional.

(Sentencia 231/2000, de 2 de octubre. «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre. Sala Segunda. Recurso de amparo 3291/98. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE): procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE). SSTC 208/2000 y 209/2000.

«El recurrente, miembro de la Guardia Civil, fue sancionado por el Teniente Jefe de su Destacamento con cuatro días de arresto domiciliario por haber cometido la falta leve de no haber efectuado la presentación y despedida impuestos reglamentariamente al incorporarse al Destacamento después de disfrutar de un permiso y al partir para una comisión de servicio fuera del lugar donde radica su Unidad. En el momento de recibir la notificación de la sanción impuesta, el acto de amparo, que se encontraba precisamente entonces en situación de baja médica, presentó un manuscrito solicitando la iniciación de un procedimiento de *habeas corpus*. Esta solicitud fue remitida por fax al Juzgado Militar Territorial el cual, tras recibir el preceptivo informe del Fiscal, decidió denegar la solicitud de incoación del referido procedimiento de *habeas corpus*. El Juzgado fundamentaba esa decisión en que el órgano judicial que examina una petición de *habeas corpus* se encuentra con una capacidad de control respecto de la privación de libertad sumamente limitada, ya que no puede entrar en cuestiones de fondo sobre la infracción o sobre la sanción, pues de hacerlo así se estaría inmiscuyendo en labores propias de los órganos disciplinarios o de la jurisdicción contenciosa. Por lo tanto, su función debía circunscribirse a examinar la aparente legalidad o ilegalidad del arresto que se le había impuesto al (recurrente), dándose en el presente caso las mínimas circunstancias para afirmar la legalidad del mismo. Por ello, al no darse ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 19 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (LOHC), no resultaba procedente acceder a la incoación solicitada.

La principal alegación del recurrente y por la que se le otorgó el amparo se refería al derecho a la libertad. La STC reproduce, en esencia, los fundamentos jurídicos de la STC 208/2000, como ya lo hiciera en la STC 209/2000. La STC reitera, una vez más, que «si se cumplen los requisitos formales y se da el presupuesto de privación de libertad, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*. Es evidente la improcedencia de declarar la inadmisión cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada es el de determinar la licitud o ilicitud de la detención (...) el enjuiciamiento de la legalidad de ésta debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas. Si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la privación de libertad, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias en el juicio de fondo (...). La inobservancia de estos criterios provoca que resulte desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*,

cuya esencia consiste precisamente en “haber el cuerpo” de quien se encuentra detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer sus alegaciones y pruebas» (FJ 5).

La STC señala que «la aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos conduce a la estimación del amparo. Se trata de un Guardia Civil que al ser condenado a un arresto domiciliario de cuatro días de duración, solicitó que se iniciara un procedimiento de *habeas corpus* ante el Juzgado Togado Militar. En reiteradas ocasiones este Tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración Militar (...). El auto impugnado decide la inadmisión a trámite sobre la base de que la privación de libertad impuesta al (recurrente) es aparentemente legal, ya que no puede ser incluida en ninguno de los supuestos de detención ilegal a que se refiere el artículo 1 LOHC. De esta manera la resolución judicial anticipó el fondo en el trámite de admisión impidiendo así que el recurrente compareciera ante el Juez e imposibilitando que éste formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas (...). En definitiva, el órgano judicial no ejercitó de una manera eficaz el control de la privación de libertad y, por tanto, desconoció la naturaleza y función constitucional del procedimiento de *habeas corpus* según se desprende del artículo 17.4 CE» (FJ 6).

(Sentencia 233/2000, de 2 de octubre. «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre. Sala Segunda. Recurso de amparo 566/2000. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE): procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE). SSTC 208/2000. 209/2000 y 233/ 2000

La presente STC viene a reproducir en su práctica totalidad los fundamentos jurídicos de las SSTC 208/2000, 209/2000 y 233/2000, al tratarse de un supuesto similar. También aquí el Auto impugnado, del Juzgado Togado Militar Territorial, había anticipado el fondo en el trámite de admisión, en un procedimiento de *habeas corpus*, impidiendo así que el recurrente pudiera comparecer ante el Juez e imposibilitando que formulara alegaciones y propusiera los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas, razón por la que la STC otorgó el amparo.

(Sentencia 263/2000, de 30 de octubre. «BOE» núm. 288, de 1 de diciembre. Sala Primera. Recurso de amparo 3889/99. Ponente: Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde. Otorga el amparo)

Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE): necesidad de una prórroga expresa de la prisión provisional decretada, una vez expirado el plazo máximo inicial (art. 17.4 CE)

Alegaba el recurrente en amparo que los Autos de la Audiencia Provincial impugnados, que denegaron la petición de libertad provisional que había formulado y mantuvieron su situación de prisión provisional, «vulneraron su derecho funda-

mental a la libertad personal (art. 17.4 CE), en relación con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Añade que tales Autos mantienen su situación de prisión provisional una vez transcurrido el plazo máximo de dos años previsto en el artículo 504.4 LECrim sin haberse acordado la prórroga de la misma, al considerar la Audiencia Provincial que, una vez condenado el recurrente y recurrida la Sentencia en casación, la prisión provisional podía prolongarse automáticamente hasta la mitad de la pena impuesta» (FJ 1).

«Es doctrina reiterada y uniforme de este Tribunal que el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el artículo 17.4 CE, por lo que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (...). En cuanto a la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de la prisión provisional decretada, se requiere, según hemos afirmado y reiterado, una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello y que ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste la ignorancia del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste, sin que sea constitucionalmente razonable la interpretación según la cual la aprobación de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta» (FJ 2).

En el caso concreto, el recurrente en amparo «ha permanecido ininterrumpidamente en prisión provisional desde el 26 de octubre de 1997, fecha en que fue dictado el Auto de prisión, sin que haya existido resolución judicial sobre la prórroga de la prisión provisional una vez expirado el plazo ordinario de los dos años previsto en el artículo 504.4 LECrim. Es un dato irrelevante, al efecto, el que, antes del vencimiento del citado plazo, el recurrente haya sido condenado en la instancia a una pena de seis años de prisión, pues, conforme a la doctrina antes citada, el dictado de una Sentencia condenatoria no lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta» (FJ 3).

(Sentencia 272/2000, de 13 de noviembre. «BOE» núm. 299, de 14 de diciembre. Sala Primera. Recurso de amparo 5126/99. Ponente: Magistrado D. Pedro Cruz Villalón. Otorga el amparo)

ARTÍCULO 18.1 CE

Derecho al honor

Con carácter previo, la STC recuerda que el recurso de amparo no es cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la CE no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena. «Ahora bien, de esta afirmación no cabe deducir que, cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos judiciales no hayan dictado Sentencia condenatoria, este Tribunal no pueda pronunciarse sobre la

existencia de la vulneración constitucional alegada. En este caso, que es precisamente el que se plantea en el supuesto que ahora se examina, el juicio que puede efectuarse en sede de amparo constitucional no puede extenderse a analizar si concurren o no los elementos de tipo delictivo, pues, salvo en los supuestos en los que la interpretación efectuada por los órganos judiciales de estos elementos sea irrazonable de tal forma que la misma pueda conllevar una vulneración del principio de legalidad penal (por todas, STC 189/1998, de 28 de septiembre), ésta es una tarea de estricta legalidad ordinaria que compete en exclusiva a la jurisdicción penal (...). Sí corresponde, en cambio, a este Tribunal revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal, al ser éste el objeto propio y específico del recurso de amparo constitucional» (FJ 2). No obstante, añade la STC, «dado que esta revisión constitucional tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto –Autos de sobreseimiento o en los que se ordena el archivo de las diligencias por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito–, su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar en un auténtico proceso (...), una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada» (FJ 2). «Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización» (FJ 2).

«Es doctrina constitucional reiterada que en los casos que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político” (...). De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Handyside* de 7 de diciembre de 1976 y caso *Lingens* de 8 de julio de 1986). Ahora bien, para que el derecho a la información prevalezca sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE es preciso, por una parte, que la información se refiere a hechos de relevancia pública; y, por otra, que dicha información sea veraz» (FJ 4).

La STC examina con detalle el requisito de la veracidad de la información, cuya concurrencia se cuestionaba por los recurrentes. «Este Tribunal ha sostenido de forma reiterada que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (...). La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere

que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (...). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información» (FJ 5).

En cuanto a la determinación del deber de diligencia exigible a un profesional de la información, señala la STC que depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, debiendo tenerse en cuenta diversos criterios: «en primer lugar hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (...). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (...). Junto a estos criterios deberá valorarse también el de la trascendencia de la información; criterio, no obstante, cuya aplicación puede deparar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado en su contraste (...), este mismo motivo apunta también a la mayor utilidad social de una menor angustia en la fluidez de la noticia (...). La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión a tomar en consideración, pues, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones, los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos (...). No obstante, de esta doctrina no cabe deducir, como es obvio, que los llamados personajes públicos carezcan del derecho al honor (...) ni tampoco puede conllevar una restricción del derecho a informar sobre noticias de interés público pero que incidan sobre sujetos que carezcan de esta condición. También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (STC 28/1996. Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son entre otros, los que aluden la STC 240/1992 y reitera la STC 28/1996: el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc. En definitiva, lo que a través de este requisito se está exigiendo al profesional de la información es una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz» (FJ 6).

En el caso concreto, el periodista, al recibir una carta anónima, a través de la cual se pusieron en su conocimiento los hechos sobre los que versó la información posteriormente publicada, se había limitado a iniciar una investigación, que aunque sirvió para confirmar la existencia de irregularidades administrativas en relación a un concurso público, no dejó acreditado que fueran los recurrentes en amparo quienes hubieran pagado las comisiones millonarias a las que hacía referencia la información, pues el periodista sólo declaró haber comprobado la veracidad del hecho a través de la información que le habían proporcionado diversas personas, pero de las que no desveló su identidad, es decir, remitiéndose a fuentes indeterminadas. Dice al respecto el TC que «al no haber desvelado el periodista la identidad de las personas que le confirmaron el hecho de que se habían pagado comisiones millonarias, el origen de la fuente de información es indeterminada y, respecto de este tipo de fuentes, este Tribunal ha señalado que el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (...), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información (...). Todas estas consideraciones nos conducen a entender que el informador no actuó con la diligencia constitucionalmente exigible y, en consecuencia, al no poder quedar amparada su actuación por su derecho a la información, vulneró el derecho al honor de los ahora recurrentes en amparo al haberles imputado un hecho constitutivo de delito» (FJ 8).

(Sentencia 21/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3725/96. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho al honor (art. 18.1 CE): relación con derechos a la libertad de expresión y de información [art. 20.1 a) y d) CE] y criterios para la resolución del conflicto entre uno y otro derecho fundamental

El recurrente en amparo había publicado en el diario murciano *La Opinión* un artículo titulado «El senador rompenidos», que motivó su condena como autor de un delito de desacato del artículo 244 del Código Penal de 1973. El recurrente alegaba la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y de información.

La STC señala que cuando un órgano judicial aplica una norma penal que se refiere a conductas en las que está implicado el ejercicio de un derecho fundamental, «ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquellos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad *ex* artículo 25.1 CE deviene aún más reforzada. Al margen de las prohibiciones anteriores tampoco

puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada» [sobre tal “efecto desaliento”: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 (Barfod c. Noruega); respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 (Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido), de 25 de noviembre de 1999, § 53 (Nilsen y Jonhnsen c. Noruega), y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 (Fuentes Bobo c. España)]. Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio» (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angusturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el artículo 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a)]» (FJ 5). «De estas tres posibilidades de lesión en que se puede incurrir al interpretar y aplicar tipos penales relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales (desconocimiento del contenido constitucionalmente protegido, falta de habilitación legal para la restricción del derecho y reacción desproporcionada ante el acto ilícito), sólo nos corresponde analizar si se ha producido o no la primera, por ser la única que el recurrente alega».

La STC examina el contenido del artículo periodístico y niega que éste contuviera una imputación al Alcalde de los incendios ocurridos en los carrizales. «El examen del texto íntegro del artículo, así como del contexto en el que fue redactado y, sobre todo de su tono jocoso, permiten, más allá de sus términos literales, afirmar que lo que en el mismo se realiza es básicamente una crítica negativa acerca de la gestión urbanística y medioambiental protagonizada por el querellante en su calidad de Alcalde, y no una imputación seria de la causación de los incendios (es significativo que el pie de la foto que acompaña la publicación del artículo hable de “sospechosos incendios” sin atribuir su autoría a persona alguna). Por tanto, es la omisión de cualquier actuación pública ante los efectos provocados por los incendios y los subsiguientes movimientos de tierras sobre el espacio natural ante tales efectos, lo que en realidad se imputa al y lo que motiva la ácida crítica que en el artículo se vierte. La contundencia de la crítica se apoya, en el artículo, en el resultado de una entrevista mantenida entre el regidor y los miembros de un grupo ecologista acerca de los incendios y los movimientos de tierras, asunto que, ha de resaltarse, es de evidente trascendencia pública e interés general: se trataba del impacto medioambiental que una serie de incendios, supuestamente provocados, y los subsiguientes movimientos de tierras sobre las zonas calcinadas estaban causando en un espacio natural».

La STC resume su jurisprudencia sobre el eventual conflicto entre el contenido de la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y el derecho al honor reconocido en el artículo 18.1 CE. «a) Como hemos reiterado con una afirmación tan expresiva como lacónica: la Constitución “no reconoce un pretendido derecho al insulto” (STC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5). Lo que, al afirmar tal cosa se pretende decir no es que la Constitución vede, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes; sino que, de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (...). b) Como señaló la STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5, con palabras que hoy mantienen plena vigencia respecto a la libertad de información *ex* artículo 20.1 d) CE: «la comunicación que la Constitución protege es la que transmita información «veraz», pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aun, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Conceptualmente, por otra parte, es difícil imaginar que una comunicación inveraz pueda llegar siquiera a calificarse como un acto de información, pues si el emisor se desentiende del contenido de lo transmitido, de su relación con algún dato objetivo, está realmente expresando una opinión y no transmitiendo información alguna. c) Dada la conexión existente entre los derechos a la intimidad y el honor, pues en muchas ocasiones se afecta a este último mediante referencias a la vida privada de las personas, el interés público de la opinión expresada o de la información comunicada constituye un importante criterio de delimitación acerca de cuál sea la comunicación constitucionalmente protegida. En efecto, no cabe olvidar la función institucional de garantía de una opinión pública libre que a la libertad de expresión e información hemos reconocido, por ello, insistimos, en su confrontación con las pretensiones de restricción de la libre expresión o información que se dicen amparadas en la tutela del honor en relación con la intimidad de las personas, goza de protección constitucional aquella comunicación que, siendo veraz y no formalmente vejatoria, se refiera a asuntos con trascendencia pública, es decir, cuyo conocimiento sea necesario para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que la conducta enjuiciada no fue sino legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información. Las expresiones y afirmaciones de hecho se referían a un asunto de evidente interés ge-

neral (la destrucción de un espacio natural protegido). Las conclusiones a que el articulista llegaba sobre la gestión política del Alcalde «no puede afirmarse que, pese al tono acerbo, incluso hiriente, en el que se expresó la crítica de la gestión pública, se utilizaran expresiones absolutamente injuriosas o impertinentes a la vista del contenido de la información, pues hemos reiterado que la libertad de información, ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratase de particulares sin proyección pública (...). Y si bien es cierto que, de forma satírica, cercana a veces a la caricatura, el recurrente denunció la falta de interés del municípe por evitar los efectos medioambientales de los incendios y del posterior movimiento de tierras sobre la zona de nidificación quemada, ese fue el estilo literario de todo el artículo, lo cual puede comprobarse con la simple lectura de muchos de sus pasajes, que no han sido considerados injuriosos (...). En conclusión, ni del contenido del artículo puede extraerse que existiera una inveraz imputación de hechos al querellante, ni el mismo supone la mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable ni, por su tono, supera el límite de una firme defensa de las propias posiciones sobre un asunto de interés general que, como contribución al debate público, merece protección constitucional» (FJ 9).

Derecho al honor y derechos a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]: divulgación de acontecimientos de la vida privada de una persona particular que no eran imprescindibles para narrar los sucesos de interés público objeto de la información, lesionando su derecho al honor

Aunque la presente Sentencia resuelve un recurso de amparo formulado contra una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resulta de igual interés en el ámbito penal, por referirse al eventual conflicto entre el derecho al honor y los derechos de libertad de expresión e información.

La STC señala que no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre los bienes constitucionales en presencia, o que ésta pueda tenerse por razonable; «esta ponderación, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 20.1 CE, ha de efectuarse de modo que se respete la definición constitucional de los mismos y sus límites, cuya efectiva observancia le corresponde verificar a este Tribunal».

El TC, recordando lo dicho en la STC 180/1999, señala que «el derecho al honor es un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. De ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo de aquel derecho fundamental. No obstante esta im-

precisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal ha afirmado que ese derecho ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas. Por tal razón hemos dicho que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. No cabe dejar de advertir, sin embargo, que este derecho fundamental al honor está, a su vez, limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Por ello cabe la posibilidad, según las circunstancias del caso, de que la reputación ajena tenga que soportar restricciones cuando lo requiera la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina. Así, hemos dicho en la STC 171/1990, de 12 de noviembre, citada a su vez por la 200/1998, de 14 de octubre, que los derechos fundamentales de quienes resulten afectados han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Debe señalarse además que la reputación protegida por el artículo 18.1 CE no sólo es la penalmente protegida. También aquella opinión o información que, aun no siendo injuriosa en términos penales, pueda suponer objetivamente un menoscabo del honor ajeno al divulgar expresiones o hechos concernientes a la vida de una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, puede conculcar el artículo 18.1 CE, pudiendo ser objeto de protección ante la jurisdicción civil y, en su caso, ante este Tribunal (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1981, de 5 de mayo)» (FJ 6).

«Ya hemos dicho en reiteradas ocasiones que los denominados personajes públicos o que poseen notoriedad pública, esto es y en ese orden, todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público y aquellos otros que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, pueden ver limitado su derecho al honor con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura (...). Con todo, en ninguno de los casos, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del artículo 18 CE (...), sin perjuicio de que sobre dichas figuras públicas pese la carga de la prueba sobre el carácter injurioso, vejatorio o innecesario de la crítica a la que hayan sido sometidos. Sin embargo, otro debe ser el canon para el caso de que la información y las opiniones que la acompañan tengan por objeto a una persona que no sea personaje público o carezca de notoriedad pública y más aun si se refieren a sucesos propios de su vida privada, carentes de toda relevancia pública, o, de estar implicados en un asunto dotado de tal relevancia, cuando lo narrado y, en consecuencia, las opiniones vertidas al hilo de lo que se

narra nada tengan que ver con los sucesos de interés público en los que pudo verse implicado o afectado, o su conexión con los mismos es puramente circunstancial e irrelevante. Es aquí donde quien informa y opina, al hacerlo, deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice del mismo es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da. De no hacerlo o de desprenderse palmariamente del reportaje periodístico la irrelevancia de la mención del ofendido, si lo dicho es vejatorio, se habrá vulnerado el derecho al honor del aludido. De otra forma, el derecho de crítica se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información (...). Únicamente la veracidad de los hechos revelados y la relevancia pública que los mismos puedan tener, con arreglo a lo que este Tribunal ha definido como tal en reiteradísimas resoluciones, pueden imponer un límite tal a los derechos a la intimidad y honor del particular, que éste deba tolerar la divulgación de aquella información sobre su vida privada y que su conducta se pueda ver calificada de forma molesta o hiriente. Pero de modo alguno deberá soportar que esa divulgación se acompañe de expresiones formales o manifiestamente injuriosas o vejatorias; o que resulten innecesarias para lo que se desea comunicar, bien por irrelevantes o por la forma en la que se divulgan, ya que, como también hemos dicho, el tono mordaz, irónico o burlesco resulta inoportuno e inadecuado cuando arbitraria y gratuitamente tiene por objeto a un simple particular (...), que más que protagonista de los hechos narrados en el reportaje periodístico, que bien pueden ser veraces y dotados de relevancia pública, resulta ser su víctima» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC entiende que en la información divulgada se revelaban ciertos acontecimientos de la vida privada de una persona, irrelevantes en relación con el contexto y finalidad del reportaje, que dañaban su imagen social y afectaban negativamente a su reputación y buen nombre, lo que constituye una inquestionable lesión del derecho al honor.

(Sentencia 112/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 4207/96. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Deniega el amparo)

Derecho a la intimidad personal y familiar. Reportaje sobre el hogar y la vida en familia de una persona con notoriedad pública, con datos proporcionados por una antigua niñera vulnerando su deber profesional, que carecen de relevancia pública y cuya veracidad y entidad resultan intrascendentes

Aunque esta STC resuelve, favorablemente, un recurso de amparo dirigido contra una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, es de interés también en el ámbito penal, por referirse a un supuesto de conflicto entre derechos fundamentales: el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE].

En la revista *Lecturas* del 23-6-1989, y en sucesivos números semanales, bajo el título «La cara oculta de Isabel Preysler», se publicó un extenso reportaje, en el que la persona que había trabajado durante unos dos años en el domicilio de aquélla, cuidando a una de sus hijas, expresaba sus opiniones y exponía múltiples hechos y situaciones relacionados con dicha señora y sus familiares y amigos, así como sobre el hogar y los modos de vida habituales de quienes convivían en el mismo. La afectada presentó demanda al amparo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, que luego de sucesivas actuaciones e instancias procesales, culminó en Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que desestimó la demanda, absolviendo de la misma a los demandados.

La STC examina la cuestión de si el reportaje había producido o no una intromisión en la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente y si tal intromisión es o no legítima. Ante todo, la STC recuerda que «el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 101. CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (...), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada. Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar. Doctrina que se corrobora con la sentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (FJ 4).

Según la STC, las declaraciones contenidas en el reportaje objeto de la Sentencia invadían ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, «al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este último indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de (la recurrente) o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embrazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos, en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se

han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas» (FJ 5).

La STC hace hincapié en la circunstancia de que la divulgación de datos de la esfera personal y familiar de la recurrente se realizó por una persona que había convivido con la recurrente en su hogar por hallarse ligada a la misma por una relación de empleo, tratándose, pues, de una de las intromisiones ilegítimas específicamente previstas en el ap. 4 del artículo 7 de la LO 1/1982, la consistente en la «revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela». «Pues bien, desde la perspectiva constitucional cabe estimar asimismo que el secreto profesional, en cuando deber que se impone a determinadas personas (...), resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional sino también a aquellos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen. En tales casos, es indudable que la observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos. Al igual que hemos dicho que el respeto a la intimidad constituye una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de su actividad profesional que por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el artículo 18.1 CE garantiza (...). De lo que claramente se desprende que, en el presente caso, nos encontramos ante una intromisión en la intimidad personal y familiar de la recurrente causada por el reportaje publicado en la revista *Lecturas* que cabe reputar como ilegítima no sólo por el contenido de éste, como antes se ha apreciado, sino también por derivar la divulgación de los datos de una vulneración del secreto profesional. Y resulta evidente, en atención a esta circunstancia, que el mencionado medio de comunicación debía haberse guardado de dar difusión a tales datos, salvo que la información comunicada tuviera objetivamente relevancia pública, extremo sobre el que se volverá más adelante» (FJ 6).

En cuanto a la alegación hecha por la entidad mercantil editora de la revista «*Lecturas*», en el sentido de que la información publicada tenía el carácter de «reportaje neutral», la STC opone que en el caso concreto «la cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión del derecho fundamental (...). De manera que si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a otros bienes constitucionales, en este caso los de la intimidad y la dignidad de la persona, para que su proyección sea legítima es preciso que lo informado resulte de interés público (...) pues sólo entonces puede exigirse a aquellos que afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten

en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (...). Lo que no concurre en el presente caso, como se verá más adelante» (FJ 7).

«En cuanto a que la reputación o el buen nombre de la recurrente no han quedado afectados dada la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje de la revista *Lecturas*, esta alegación de la entidad mercantil que la edita sin duda se apoya en una afirmación de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional en la que se expresa que dichos datos “no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves de la intimidad, por ser afrentosos, molestos o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social”, puesto que, “simplemente, constituyen chismes de escasa entidad”. Ahora bien, frente a esta alegación ha de tenerse presente, una vez más, que en este caso no nos encontramos ante el ámbito del derecho al honor, sino ante el del derecho a la intimidad personal y familiar. Por lo que resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, aunque desde la perspectiva de la legalidad puedan servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Y la razón es, sencillamente, que los datos que pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar constitucionalmente garantizado están directamente vinculados con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), como antes se ha dicho, y, por tanto, es suficiente su pertenencia a dicha esfera para que deba operar la protección que la Constitución dispensa a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana» (FJ 8).

Por último, la STC examina la cuestión relativa al pretendido interés general de la información publicada. La STC reconoce que la recurrente «es una persona con notoriedad pública por diversas razones, entre ellas su frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional o determinados aspectos de su vida privada. Por lo que cabe incluirla en el grupo de aquellos sujetos que, junto con quienes tienen atribuidas la administración del poder público (...), por su actividad asumen un mayor riesgo frente a informaciones que les conciernen. No obstante, para rechazar la alegación aquí examinada basta recordar, de un lado, que si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (...). De otro lado, que no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea (...). Pues bien, desde esta perspectiva objetiva no deja de ser contradictorio, que de un lado se afirme la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje y, de otro, que la información posee interés general, pues lo primero necesariamente excluye lo segundo. Pero en todo caso, para

deslindar una y otra dimensión y valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica. Esto es, si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo que posee un indudable valor constitucional; y es distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana en la vida de otros, potenciada en nuestra sociedad tanto por determinados medios de comunicación como por ciertos programas o secciones en otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (...). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena» (FJ 9).

Naturalmente, en el caso concreto la STC concluye que los datos divulgados carecían de relevancia pública.

(Sentencia 115/2000, de 10 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 640/97. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE): medidas de control sobre las comunicaciones íntimas de los presos que no se encuentran justificadas específicamente ni fueron practicadas con los medios necesarios. STC 57/1994

El recurrente impugnaba el Acuerdo sancionador adoptado por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario en donde se encontraba interno, así como los dos Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que resolvieron sendos recursos de alzada y reforma interpuestos por el recurrente frente al Acuerdo sancionador. El recurrente había recibido la orden, luego de haber mantenido una comunicación íntima, de someterse a un cacheo con desnudo integral, a lo que se negó, siendo entonces obligado por los funcionarios. A su juicio, este trato, sin encontrarse justificado en concreto por las circunstancias personales del interno o propias del centro penitenciario, constituye un trato contrario a la dignidad e intimidad personales, por ser una orden arbitraria e ilegítima cuya contravención no supuso ninguna infracción grave sancionable disciplinariamente.

La STC señala que la anterior argumentación esgrimida por el recurrente en amparo fue también la empleada en el supuesto examinado en la STC 57/1994, frente a la que la Abogacía del Estado oponía la justificación consistente en la necesidad de adoptar medidas de control y seguridad directamente dirigidas a preservar otros bienes jurídicos por los que ha de velar la Administración Penitenciaria, como lo son el riesgo para la vida, salud y seguridad de los demás internos o el buen orden del centro; valores que podían verse afectados seriamente por la eventual introducción en el establecimiento penitenciario de objetos peligrosos o estupefacientes.

«Pues bien, ha de reiterarse ahora el análisis que, de ambas argumentaciones, se efectuaba en la repetida STC 57/1994 en relación con los dos derechos funda-

mentales invocados por el demandante de amparo —dignidad personal e intimidad— en su ponderación con el conflicto que se genera en supuestos como el presente con esos otros bienes jurídicos —seguridad y orden del establecimiento— igualmente dignos de protección. En esencia, se concluyó en aquella ocasión que la Administración penitenciaria «en correspondencia con su deber de velar por el orden y seguridad de los establecimientos, puede establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro. Máxime si, como se ha alegado por el Abogado del Estado, dichas comunicaciones son el cauce habitual para la introducción en el Centro de estupefacientes u objetos peligrosos. Ni esa apreciación puede entrañar que las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, no puedan ser constitucionalmente legítimas si están justificadas por su finalidad, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos y, además, por los medios utilizados para su práctica, no se produce afectación de los derechos fundamentales y, en particular, de los reconocidos en los artículos 15 y 18.1 CE» (STC 57/1994, FJ 8 *in fine*). Ahora bien, son estas últimas exigencias las que ahora, al igual que sucediera en el supuesto entonces examinado, se encuentran ausentes en la medida acordada por el establecimiento penitenciario y determinan la apreciación de que se ha lesionado por ello mismo, uno, al menos, de esos dos derechos fundamentales invocados por el actor; concretamente, su derecho a la intimidad; pues ni la medida se encuentra justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del Centro, ni tampoco se advierte que fuese llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial. Por ello, en atención a las razones expuestas, y a las que más extensamente se expresaron en la STC 57/1994, se ha de concluir que el derecho a la intimidad personal del demandante (*ex art. 18.1 CE*) se ha visto conculcado en este supuesto, lo que ha de conducir al otorgamiento del amparo solicitado por tal motivo, sin que, por lo demás, sea ya necesario examinar el resto de vulneraciones constitucionales que se reprochan tanto al Acuerdo sancionador como a las resoluciones judiciales impugnadas» (FJ 4).

(Sentencia 204/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 3720/97. Ponente: Magistrado D. Carles Vives Pi-Sunyer. Deniega el amparo. Otorga el amparo)

ARTÍCULO 18.2 CE

Derecho a la inviolabilidad del domicilio: falta de motivación de la resolución judicial de entrada y registro. Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): pruebas de cargo independientes

La STC advierte inicialmente que el otorgamiento del amparo con el efecto de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, entre ellas la condenatoria, no es consecuencia necesaria y directa de la apreciación de la vulneración del de-

recho a la inviolabilidad del domicilio, pues «la declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de derechos constitucionales. De un lado, ha de tenerse presente que efectivamente la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Este Tribunal tiene afirmado que “la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (...)”. De otro lado, no puede olvidarse que «es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (...). De manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas (...), ya que las pruebas derivadas pueden ser constitucionalmente legítimas, si ellas no se han obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental; consecuencia de ello es que no pueda sostenerse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (...). La transferencia del carácter ilícito, de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuricidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho (...). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuricidad» (FJ 2).

En cuanto al ámbito específico de las pruebas obtenidas en registros domiciliarios, dice la STC que ha de partirse de que, al igual que el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es de los que definen el estatuto procesal básico de la persona, por lo que, afirmada la lesión de este derecho, «la ilicitud constitucional del registro impide valorar como prueba de cargo, en primer lugar, el acta donde se recoge el resultado del mismo y las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevan a cabo, pues tales pruebas “no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental”; en segundo lugar, tampoco las declaraciones de los demás testigos que hubieran asistido al registro pueden servir para incorporar al proceso lo hallado, pues “aunque no pudiera afirmarse que la actuación de éstos haya vulnerado, por sí, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, tampoco constituye una prueba derivada que, siquiera, desde una perspectiva intrínseca, pueda estimarse constitucionalmente lícita” ya que, en realidad, tales declaraciones no aportan al juicio un nuevo medio probatorio, obtenido a partir del conocimiento adquirido al llevar a cabo la entrada y registro, sino simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita, de forma que, “al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte”» (FJ 3).

A continuación, la STC aclara que lo anterior «no significa que lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio haya de tenerse por inexistente en la realidad, ni tampoco que lo hallado no pueda ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba». En particular, la STC se refiere a la declaración del propio acusado, considerando que es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. «La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica –derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, y asistencia letrada– constituye «un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima»; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la “espontaneidad y voluntariedad de la declaración”, de forma que la “libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito [y] desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (STC 161/1999, fundamento jurídico 4.º)» (FJ 3).

La STC señala que en el caso concreto, ni el Auto ni la solicitud judicial que se pretendía integrar en el mismo, exteriorizaban la suficiente información que permita realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida. Dice al respecto la STC que «la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998, fundamento jurídico 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, fundamento jurídico 10). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito– con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (...). Como ha recordado recientemente este Tribunal recogiendo la doctrina de la STC 49/1999, “[l]a relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (...). Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios, en buenas razones, o fuertes presunciones (SSTEDH caso Klass, caso Ludi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual artículo 579 LECrim en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1), o indicios de la responsabilidad criminal (art. 579.2)”» (FJ 4).

La STC, al examinar el Auto y la solicitud policial de entrada y registro, se refiere a la confidencialidad de las informaciones sobre las sospechas acerca de la relación entre la titular del domicilio y la investigación delictiva. Dice la STC que esa confidencialidad, es decir, la falta de explicitación del origen de la fuente de información no tiene el efecto invalidante automático que el recurrente pretendía, «pues, de un lado, la falta de especificación de la fuente de información puede deberse a razones de discreción que aconsejen proceder de modo no absolutamente explícito (...), y, de otro, pueden expresarse de forma implícita que «el sustento de la sospecha en sí, tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías» que solicitan la medida (STC 166/1999, fundamento jurídico 8.º). Por ello, en el caso de la reciente STC 166/1999 la existencia de noticias confidenciales fue ponderada por este Tribunal, junto a otros extremos, para entender que la autorización judicial de la medida –en aquel supuesto una intervención telefónica– se había adoptado sobre la base de sospechas objetivas, que se sustentaban en un cúmulo de circunstancias de las que había constancia expresa en la resolución judicial integrada con la solicitud policial. Ahora bien, el hecho de que el carácter confidencial de la fuente de información no invalide automáticamente la existencia objetiva de los hechos o circunstancias que constituyen el contenido de las informaciones que aportan, no significa paralelamente, que, en ausencia de cualquier otro dato, circunstancia o elemento de convicción que corrobore la existencia de la realización del delito investigado y la conexión de la persona investigada con el mismo, las “noticias confidenciales” puedan valorarse como elemento de convicción suficiente para sustentar las sospechas» (FJ 6). En el caso concreto, añade la STC, «teniendo en cuenta el propio contenido de la información aportada confidencialmente, la ausencia de cualquier investigación para acreditar la veracidad de la existencia del delito conocido confidencialmente y la total carencia de cualquier otro dato capaz de acreditar la propia objetividad de las “noticias confidenciales”, deben conducir a la conclusión de que la autorización judicial, ni por sí misma ni integrada con la solicitud policial, exteriorizó los extremos necesarios para considerar que existían sospechas y no meras conjeturas de la comisión de un delito y de la conexión de la persona investigada con el mismo» (FJ 7). Respecto al contenido de la Sentencia condenatoria impugnada, señala la STC que en ella se valoró como prueba de cargo, no el acta del registro, pero sí las declaraciones de un policía y una testigo presentes en el registro; valoración que vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías, pues constituyen la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental y han sido utilizadas frente a la víctima de dicha vulneración desequilibrando el proceso en su contra; y aunque el recurrente no era el titular de la vivienda, convivía en ella con quien sí lo era (coimputada). Sin embargo, añade la STC, «el hallazgo del paquete y las papelinas fue incorporado al proceso mediante las declaraciones, en el plenario y durante la instrucción, de la coimputada, que no varió su contenido en ningún momento, y a través de las propias declaraciones del acusado». El TC examina entonces si la prohibición constitucional de valoración de las pruebas obtenidas mediante la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, era extensible a estas pruebas, que en sí mismas no adolecían de ninguna ilicitud constitucional, no existiendo entre las pruebas iniciales y estas pruebas derivadas la conexión de antijuricidad requerida a tal efecto. Dice la STC que «la libertad de decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite romper desde una perspectiva interna “cualquier conexión causal” con el acto ilícito, y desde una perspectiva externa atenúa

las necesidades de tutela del derecho sustantivo lesionado que podrían justificar su “exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” [fundamento jurídico 4.º (STC 161/1999)]. Por consiguiente, ha de sostenerse que la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado –efectuadas antes el Juez de Instrucción durante el careo con la coimputada– y el ilícito registro, no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuricidad entre ambos, dado que se efectuaron con todas las garantías y que la libertad de decisión del acusado al prestarlas permite la ruptura jurídica, tanto desde una perspectiva interna como externa, del enlace causal existente entre la confesión y el acto vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello ha de hacerse extensible por idénticas razones a las declaraciones prestadas por la coimputada no sólo durante el juicio oral, sino ante el Juez de Instrucción en un primer momento y en el mencionado careo. Estas pruebas son suficientes para contestar negativamente las pretensiones de la demanda de amparo, sin necesidad de entrar a analizar, siquiera desde la perspectiva constitucional, la validez de otras pruebas. Afirmada la licitud constitucional de las pruebas consistentes en las declaraciones de los coimputados, queda refutada la pretensión de nulidad de las sentencias condenatorias derivada de la pretendida nulidad de toda prueba conectada causalmente con el registro» (FJ 10), por lo que concluye declarando sólo la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin llegar a declarar la lesión del derecho a la presunción de inocencia.

(Sentencia 8/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Primera. Recurso de amparo 3507/1996. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho a la inviolabilidad del domicilio: requisitos del Auto judicial de entrada y registro, con especial referencia a su motivación

El recurrente en amparo había sido condenado como autor de un delito contra la salud pública (tráfico ilegal de sustancias estupefacientes) por la Audiencia Nacional, basando ésta la condena, entre otras pruebas, en la tenencia en su poder de una importante cantidad de cocaína, hallada en un domicilio objeto de entrada y registro. La sentencia condenatoria fue confirmada en casación por el Tribunal Supremo. El recurrente alegaba la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), fundada en la falta de motivación del Auto por el que se acordó la entrada y registro, y entendiendo que todos los medios de prueba que habían basado la condena derivaban del resultado del registro practicado con vulneración constitucional, tratándose, por tanto, de prueba ilícitamente obtenida, alegaba también la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia.

La STC se refiere primero a las garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio, señalando que «la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él (art. 18.2 CE) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Esta manifestación no se concibe como un derecho absoluto, sino que viene configurada con atención a

otros derechos. Los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter rigurosamente taxativo (...) y, si bien con carácter negativo, son pieza fundamental para la identificación del objeto del derecho (qué sea la «inviolabilidad» domiciliaria) y de su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada) y también, en relación con ello, para controlar las regulaciones legales y las demás actuaciones públicas que puedan afectar a este derecho fundamental (...). Con esta advertencia nos colocamos en la exigencia constitucional de la motivación del Auto acordando la entrada en un domicilio. La entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza el Juez competente; en esta autorización descansa la legitimidad del registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes (...). Éste es el requisito necesario, y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar (...). Ahora bien, la garantía judicial constituye un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución a reparar su violación cuando se produzca (...). De lo que se deduce la necesidad de motivación de la resolución judicial a la que se refiere el artículo 18.2 CE, puesto que es la misma la que permite decidir en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE, u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos» (FJ 3).

En cuanto al contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos delictivos, recuerda, con cita de la STC 239/1999, que la motivación «para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (...). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (...). A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, tener en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudiera encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la invio-

labilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites: juicio de proporcionalidad en sentido estricto (...). “Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito– con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión”» (FJ 4).

En el caso concreto, el TC llega a la conclusión de que el Juez no llevó a cabo, como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el artículo 18.2 CE, la debida ponderación de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma, por lo que afirma la vulneración del derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio.

A continuación, la STC examina la vulneración alegada por el recurrente del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, recordando que «la prohibición de valorar pruebas obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, sólo tiene lugar si la ilegitimidad de las pruebas se transmite a las derivadas (...). A este fin habrá que determinar si entre ellas existe lo que hemos denominado conexión de antijuricidad, atendiendo conjuntamente al acto lesivo del derecho fundamental y su resultado, tanto desde una perspectiva interna (referida a la índole y características del derecho sustantivo), como desde una perspectiva externa (las necesidades de tutela exigidas para la efectividad de ese derecho» (FJ 6).

La STC señala que «es evidente que tanto el acta del Secretario judicial, donde se documenta el resultado de la diligencia de entrada y registro, como las declaraciones de los agentes de policía que intervinieron en su práctica y las de otros testigos presentes en el mismo, no pueden constitucionalmente sustentar el hecho probado del hallazgo de la sustancia estupefaciente. Elementos probatorios que están invalidados. Sin embargo, la constatación de que se han valorado pruebas constitucionalmente ilícitas no conduce, sin más, a la conclusión de que la Sentencia condenatoria haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. La convicción judicial que llevó a la declaración de los hechos probados, y con ella a estimar que la tenencia de la sustancia estupefaciente cumplía por sí sola el tipo previsto en el Código Penal aplicado, efectuando simultáneamente el necesario juicio sobre la culpabilidad del acusado, no se sustentó exclusivamente en aquellas pruebas» (FJ 7).

Examina entonces la STC la conexión de antijuricidad entre las pruebas consistentes en las declaraciones del imputado y las originarias, y la existencia de prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia, en la línea de las SSTC 161/1999 y 8/2000, señalando que «la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado efectuadas ante el Juez Instructor y el ilícito registro no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuricidad entre ambas (...), pues tal declaración, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o al derecho a un proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria (...). La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en las propias garantías constitucionales que rodean su práctica –derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable

y a la asistencia letrada— y constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones, de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el acto ilícito y, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (...). Lo mismo hay que decir, respecto a la inexistencia de conexión de antijuricidad, de las otras pruebas antes reseñadas (...). En consecuencia, desde el control que puede ejercer este Tribunal ha de admitirse que existió prueba de cargo legítimamente obtenida, de la que pueden deducirse, razonablemente, los hechos probados y la participación en los mismos del recurrente» (FJ 8).

(Sentencia 136/2000, de 29 de mayo. «BOE» núm. 156, de 30 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 77/1996. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga parcialmente el amparo)

ARTÍCULO 18.3 CE

Derecho al secreto de las comunicaciones. Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE): proporcionalidad de la medida de intervención telefónica. Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)

El recurrente en amparo impugnaba en su recurso las dos sentencias que lo habían condenado, en primera y segunda instancia, como autor de un delito continuado de hurto con la agravante de abuso de confianza, alegando la vulneración de sus derechos al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por entender que la imputación, la acusación y la posterior condena, se había basado, directa o indirectamente, en la ilícita intervención de una línea telefónica.

Dice la STC que «aunque la literalidad del artículo 18.3 CE pueda inducir a pensar que la única garantía que se deriva inmediatamente de la Constitución en materia de intervenciones telefónicas es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto que esto no es así. La intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como sucede cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos» (FJ 2).

La STC describe las circunstancias fácticas en que se produjo la decisión judicial de intervenir las comunicaciones telefónicas, examinando las irregulari-

dades denunciadas por el recurrente: que la intervención telefónica se había ordenado por un Juez carente de competencia territorial y en unas diligencias indeterminadas, por lo que la autorización carecía de legitimidad, habiéndose acordado, además, fuera de un proceso. En cuanto a lo primero, luego de señalar que en el momento de acordarse la intervención telefónica no era evidente la competencia del Juzgado de Instrucción de Madrid, «sino que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la LECrim, el Juzgado competente podía ser el del lugar de residencia de la persona investigada», recuerda que «la interpretación de las normas sobre competencia y, por consiguiente, la determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir (...)» (FJ 4). En cuanto a lo segundo, que la medida de intervención telefónica se había llevado a efecto fuera de un proceso, señala la STC que si bien las «diligencias indeterminadas» las ha calificado el propio TC de procedimiento, no de proceso judicial, y la naturaleza y finalidad de la intervención telefónica requieren que la investigación y su desarrollo se lleven a cabo por el Juez de Instrucción y dentro de un proceso legalmente existente, «el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, *per se*, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues, tal y como afirmábamos en la Sentencia mencionada, lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el artículo 124.1 CE, como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución considerábamos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto. En el caso que nos ocupa se produce la circunstancia, ciertamente especial, de que el proceso de investigación de los hechos ya estaba en marcha cuando se acordó la intervención del teléfono de..., de modo que si bien pudiera haberse realizado el control telefónico por acuerdo del Juez que ya conocía del proceso mediante el sistema de auxilio judicial que reclama el demandante (arts. 274 LOPJ y 184 y 322 LECrim), o bien, incluso, por el propio Juez de Madrid, en virtud de lo dispuesto en los artículos 273 LOPJ y 323 LECrim. Pero, desde la perspectiva esencial de existencia del proceso y de control de la medida, lo cierto es que el titular de la investigación (...) dirigía la misma y el Ministerio Fiscal la controlaba, y a ambos se les dio cuenta por parte de la Policía Judicial de que, al parecer por razones operativas, el control se solicitaría del Juez del lugar donde estaba ubicado el aparato telefónico. En definitiva, la intervención telefónica se llevó a cabo dentro del marco de la investigación seguida en un verdadero proceso por el Juzgado de Instrucción de Madrid, con su conocimiento y consentimiento, y con base, precisamente, en los datos que ya obraban en ese proceso que le fueron comunicados al

Juez de Instrucción de Parla» (FJ 5), por lo que la STC concluye rechazando la vulneración del artículo 18.3 CE.

La STC examina a continuación la principal cuestión planteada por el recurrente. Según éste, tratándose de la investigación de un posible delito de hurto, la intervención telefónica suponía una injerencia desproporcionada en un derecho fundamental. Dice la STC que «en el ámbito de las escuchas telefónicas, nuestra doctrina (...) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), mantienen que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (...); es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como —entre otros— para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (...). Como derivación del principio de proporcionalidad, hemos mantenido también que la intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio» (FJ 6).

Pues bien, respecto a la cuestión de la proporcionalidad de la medida dice la STC que «el demandante trata de efectuar un ejercicio de ponderación *ex post* a la vista de que, finalmente, fue condenado a una pena de arresto mayor, es decir, fue condenado por un delito de hurto, sin otra circunstancia de agravación que la del abuso de confianza, lo que, a su juicio, evidencia que se trataba de una infracción penal que, por sí misma, no justificaba la injerencia en el derecho fundamental. Pero la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse, como dijimos, analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción. Desde ese punto de vista, no se aprecia que la medida acordada por el Juez fuera desproporcionada. En primer lugar, porque como reconoce el demandante se trató de una investigación de un delito de hurto, en cantidad de especial y cualificada gravedad (100.000.000 de pesetas, se afirmaba en aquel momento) y continuado, lo que explica que la pena solicitada por el Ministerio Fiscal para fuera de tres años y seis meses de prisión menor, y de seis años la interesada por la acusación particular. Se aprecia por tanto que, en el momento en que los órganos judiciales adoptaron la medida, la infracción podía no ser calificada como leve. A esta misma conclusión se llega si se tienen en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en el caso (posible infidelidad de una parte de los empleados del almacén de la empresa denunciante, y gran dimensión de la empresa) y muy especialmente la no despreciable posibilidad de continuación del hecho delictivo en curso. En conclusión, la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones fue motivada y proporcionada y, por tanto, conforme a la Constitución» (FJ 8).

Por último, aunque la concurrencia de determinadas irregularidades cometidas en el control judicial *a posteriori* del resultado de la intervención telefónica determinaron en la causa que la Audiencia Provincial no tomara en cuenta esta prueba, lo cierto es que ésta condenó por existir otros medios de prueba que a su juicio permitían destruir la presunción de inocencia. La STC señala que «al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido

en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al acto del juicio oral». Examina entonces el razonamiento lógico llevado a cabo por el tribunal de apelación, una vez descartado el resultado de las escuchas telefónicas, señalando que «el razonamiento del órgano judicial es que aunque el demandante de amparo ha negado en todo momento su implicación en los hechos, resulta inculcado por el testimonio de los demás acusados, testimonio que ha quedado corroborado por otros datos objetivos».

La STC concluye recordando que la presunción de inocencia está concebida, en su vertiente de regla de juicio, desde la inicial STC 31/1981, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de manera que toda sentencia condenatoria: «a) Debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) el sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución; c) practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo los supuestos admisibles de pruebas preconstituidas; d) valorada, y debidamente motivada, por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia. También constituye doctrina consolidada de este Tribunal que no nos corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que los artículos 117.3 CE y 741 LECrim atribuyen dicha tarea al Tribunal penal, sino controlar exclusivamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia, de modo que tampoco es posible que entremos en el análisis de otras posibles inferencias distintas a las efectuadas por los órganos judiciales. Alega el demandante que estas declaraciones estuvieron motivadas por el conocimiento adquirido por las escuchas, pero, además de que ya hemos descartado la lesión al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, también hemos afirmado, en relación con la confesión prestada por los acusados en el acto del juicio oral, que la confesión de los acusados, en este caso la de los coimputados, corroborada por otras pruebas, no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas en que se prestaron (...); por lo que bastaría para desvirtuar la presunción de inocencia» (FJ 12).

Las llamadas «relaciones de sujeción especial»: derechos fundamentales de las personas internas en centros penitenciarios. Restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario: comunicaciones «genéricas» y comunicaciones «específicas». Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): vulneración por imposición de una sanción basada en una prueba ilícitamente obtenida. STC 127/1996

El recurrente en amparo sostenía en su recurso la vulneración del derecho a la presunción e inocencia, alegando que la única prueba valorada en el expediente sancionador había sido obtenida ilícitamente, por vulnerar su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). El TC le da la razón al recurrente, otorgándole el amparo solicitado.

La STC parte de su doctrina sobre los derechos fundamentales de que gozan las personas reclusas en un centro penitenciario. «Refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas “relaciones de sujeción especial” (...), hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, lo que, en consecuencia (...), obliga a que el marco normativo que regula, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones en el interior de los centros penitenciarios, venga determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, ya que este último sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos, pues la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 CE supone que entre la Administración Penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. En definitiva, como acertadamente resalta el Ministerio Fiscal, la relación de sujeción especial a que hemos aludido no puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga en la puerta de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria» (FJ 2).

En cuanto a la doctrina sobre las restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, «parte de la base de que los internos en un centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 a 50 del Reglamento Penitenciario que la desarrolla (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicable a este caso por la fecha de ocurrencia de los hechos), regulan su ejercicio en razón de la peculiaridades de la relación penitenciaria. El artículo 51 LOGP (y sus correspondientes reglamentarios) distingue entre las comunicaciones que hemos llamado «genéricas», que se regulan en el apartado 1, y las que hemos denominado «específicas», previstas en los apartados 2 y 3, que tienen como destinatarios al Abogado defensor, al Abogado expresamente llamado, a los funcionarios que deben intervenir en razón de su competencia, a los ministros del culto que profese el interno, a los representantes diplomáticos y a otros. El mismo precepto de la Ley ordena que las comunicaciones (orales y escritas) se realicen respetando al máximo la intimidad, sin más restricciones que las que imponen razones de seguridad, de interés en el tratamiento o buen orden del establecimiento, y permite su suspensión o intervención, en lo que se refiere a las comunicaciones denominadas generales, que ha de ser acordada motivadamente por el Director del establecimiento, dando inmediata cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Por su parte, en relación con las comunicaciones del in-

terno con la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, el artículo 49.2 RP de 1996, lisa y llanamente, prohíbe la suspensión, restricción o intervención administrativa de las mismas» (FJ 3).

La STC aprecia la vulneración constitucional, tratándose de un supuesto esencialmente igual al que se resolvió en la STC 127/1996. «Dijimos entonces, y lo reiteramos ahora, que la Administración Penitenciaria ha procedido a la intervención de una comunicación escrita del recurrente con un órgano judicial –la Audiencia Provincial de Teruel– fuera de los casos previstos en la Ley, es decir fuera de los supuestos previstos en el artículo 51.5 LOGP y en este caso al margen del contenido de la previsión reglamentaria que determina la prohibición de realizar ningún tipo de intervención de las comunicaciones del interno con el Ministerio Fiscal y con los órganos judiciales a la Administración Penitenciaria. Dicha decisión, pues, con independencia de que el escrito se entregara para su curso en sobre abierto o cerrado (STC 127/1996, FJ 4), supuso una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado por el artículo 18.3 CE con carácter general, y del artículo 25.2 CE, por lo que se refiere al penado, pues «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7), en tanto en cuanto este derecho no se halla afectado por el sentido de la pena, y no solamente no está prescrita la limitación en la Ley penitenciaria, sino que tal intervención administrativa de una comunicación, dirigida a un órgano judicial por quien se encuentra recluso en un centro penitenciario, se encuentra expresamente prohibida» (FJ 4).

La STC también aprecia en el caso resuelto la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Señala la STC que entre las garantías procesales aplicables en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia, «lo que en este último supuesto supone no sólo la necesidad de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, sino la absoluta prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos los medios de prueba así obtenidos, puesto que “el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 2)» (FJ 5).

Finalmente, la STC señala que «es indiscutible, por el contenido de la resolución administrativa y de las resoluciones judiciales, que la sanción que se impone al demandante tiene como hecho justificador único las expresiones que se contienen en el escrito que aquél remitió a la Audiencia Provincial. Tal como consta en el Acuerdo de iniciación del expediente disciplinario, en el pliego de cargos comunicado al interno, en el Acuerdo sancionador, y en las resoluciones judiciales, el recurrente fue sancionado por verter críticas al funcionamiento de los servicios médicos del Centro Penitenciario y a los funcionarios que, según él, censuraban el contenido de los escritos que dirigía a los órganos judiciales. También ha quedado absolutamente acreditado que, aunque no se retuviera el escrito redactado por el recluso, al que se dio curso con un informe rechazando tales críticas, la única prueba existente en el expediente administrativo sancionador, por virtud de la cual se

estimaron acreditados los hechos, fue el propio escrito cuyo contenido, en síntesis, se recoge en el pliego de cargos, en la propuesta de resolución y en el Acuerdo sancionador. Finalmente, consta en las actuaciones y ha sido transcrita anteriormente, la alegación del recurrente de haber sido vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones, alegación que no obtuvo respuesta expresa del órgano judicial al resolver los recursos de alzada y reforma. Sentado lo anterior, y puesto que la única prueba que sirvió de base al Acuerdo sancionador fue obtenida, violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del demandante y, por lo tanto, el conocimiento de los hechos motivadores de la sanción se debió en exclusiva a una prueba ilícitamente obtenida, ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente y, en consecuencia, procede otorgarle el amparo y declarar la nulidad del expediente disciplinario y de la sanción impuesta al recurrente, lo que ha de conllevar la anulación de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, que la confirmaron» (FJ 6).

(Sentencia 175/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2341/97. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Otorga el amparo)

ARTÍCULO 20.1 a) CE

Derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]: valoración del contexto en la determinación del ámbito constitucional de protección

El recurrente en amparo, funcionario dedicado a la práctica de exámenes de conducir y representante sindical, había sufrido una sanción administrativa de un año de suspensión de funciones, luego confirmada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, estimando en su recurso de amparo que se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión. Al recurrente se le había impuesto dicha sanción por haber manifestado a su superior, en una carta que le dirigió, su descontento respecto a la organización de los exámenes y otros aspectos sobre el cumplimiento de su horario y trabajo, concluyendo en los siguientes términos: «Ya que le falta vergüenza, si, al menos, tuviera capacidad no sucederían estas cosas».

La STC desestima la pretendida lesión del derecho y la libertad de expresión y, en consecuencia, el recurso de amparo, porque «en el contexto de la frase que aquí consideramos, la valoración personal sobre la capacidad se halla unida a la verda en primer lugar manifestando que «le falta vergüenza», expresión que según los usos sociales se estima como injuriosa para cualquier persona. Sin que esta valoración, de otra parte, guarde relación alguna con los hechos o circunstancias que fueron objeto de la crítica del recurrente, por lo que resulta, además, totalmente innecesaria a tal propósito. A lo que cabe agregar, en segundo término, que ni la existencia de una situación de anormalidad en la Jefatura Provincial de Tráfico donde el recurrente prestaba sus servicios ni tampoco la representación que ostentaba o su participación en el desarrollo de dicha situación pueden modificar esta conclusión. Pues basta observar al respecto que los juicios *ad personam* que se acaban de considerar no fueron exteriorizados en el momento de una situación

conflictiva, ni tampoco en los días inmediatamente siguientes a la recepción del requerimiento de su superior, sino muchos días después. Esto es, cuando el natural sosiego tras los hechos ocurridos y la reflexión presumible en quien redacta un escrito dirigido a su superior debiera haber conducido al recurrente a excluir tales expresiones de valoración personal aun manteniendo su crítica a la organización del servicio, circunstancia ésta que acentúa el carácter injurioso de aquéllas. Ha de llegarse, pues, a la conclusión de que el recurrente, con las expresiones que cerraban el escrito, se ha colocado fuera del ámbito de protección del derecho que el artículo 20.1 a) CE le reconoce, por exteriorizar, como se ha dicho, sentimientos despectivos e injuriosos respecto a su superior y, en todo caso, innecesarios y desconectados de la crítica a un asunto de interés público» (FJ 8).

(Sentencia 6/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Segunda. Recurso de amparo 2677/1996. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Deniega el amparo)

Derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]: legitimidad de las críticas a un personaje público (Alcalde) en un debate público

El recurrente en amparo, Concejal de un Ayuntamiento, había sufrido una denuncia, presentada por el Alcalde del mismo Ayuntamiento, por las manifestaciones que contra él había vertido aquél en distintos medios de comunicación. El Juzgado de Instrucción decretó el sobreseimiento, contra el que se presentó por el denunciante recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que lo estimó parcialmente, ordenando la tramitación de juicio de faltas, por entender que al menos una de las expresiones vertidas por el denunciado podría constituir una falta de vejación injusta de carácter leve. El juicio de faltas desembocó en una Sentencia absolutoria, pero ésta, una vez interpuesto recurso de apelación, fue revocada por otra condenatoria, por la mencionada falta del artículo 585.4 del Código Penal de 1973 (hoy 620.2). Esta apelación se sustanció ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, de composición unipersonal, turnándose el asunto al mismo Magistrado que en su día revocó, como parte de la Sala, el archivo del mismo asunto decretado por el Juez Instructor. El recurrente en amparo denunciaba la vulneración de los derechos al Juez imparcial y a la libertad de expresión. El primero, basado en la falta de imparcialidad objetiva del Magistrado autor de la Sentencia impugnada, y el segundo por entender que la frase que motivó su condena fue efectuada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debiéndose tener en cuenta su condición de Concejal portavoz de la oposición municipal, y la de Alcalde del denunciante, así como que el contenido de sus manifestaciones estaba referido a un asunto de relevancia pública.

En cuanto a la primera vulneración alegada por el recurrente, rechazada por el TC, recuerda la STC que la imparcialidad judicial es una garantía esencial de la función jurisdiccional y que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. «La primera exige que el Juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto. La imparcialidad objetiva puede darse cuando los Magistrados no han tenido contacto anterior con el *thema decidendi*, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes,

desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto. En la STC 157/1993, de 6 de mayo, se expone bien esta doctrina, con especial consideración de la imparcialidad objetiva, que es la que en este caso nos interesa particularmente. Quedó establecido en esta STC 157/1993: “A los fines de la garantía de las exigencias de imparcialidad objetiva que derivan del artículo 24.2 CE, el artículo 219.10 LPPJ configura como causas de abstención y, en su caso, de recusación del Juez –vale recordar– las de haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto pleito o causa en anterior instancia. La garantía de la imparcialidad objetiva así asegurada tiene en ambos casos –a los solos efectos aquí importan– un común sentido, por lo demás evidente: la Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor”. Y se agregó allí: “Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro –en el juicio o en el recurso– una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción”» (FJ 4).

Es decir, es la previa intervención en el proceso penal lo que adquiere relevancia en el caso resuelto por el TC. Recuerda la STC que el TC «ha establecido unos cánones de inconstitucionalidad aplicables a las previas intervenciones de los juzgadores en los procesos penales en los que ellos dictan las Sentencias. Así, se consideró la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación (...). También se estimó que eran constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (...). Sin embargo, no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el Juez que decide la admisión de una denuncia o una querrela. Como dijimos en la STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 16, en esta fase del procedimiento el órgano judicial competente para recibir la denuncia (o querrela) “tiene muy escaso margen de decisión; está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones”» (FJ 4). La STC entiende que una decisión de levantar el sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, que es lo acontecido en el caso resuelto, no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad, por lo que concluye que no se conculcó al recurrente el derecho a la imparcialidad objetiva del juzgador.

A otra conclusión llega respecto al segundo derecho invocado como vulnerado. La STC critica que la Sentencia impugnada no efectuara ponderación alguna entre los derechos en conflicto, esto es, la libertad de expresión y el derecho al honor. Dice la STC que no se trata de que el derecho a la libre expresión esté «por encima de la ley», ni que *per se* sea un derecho prevalente, pues el valor de las libertades de expresión e información «solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en con-

secuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora en relación, por ejemplo, con el derecho al honor, en cuanto sus titulares son personas con relevancia pública, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de interés público, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o infracciones de interés general. Luego, nuestra jurisprudencia relativiza el valor preferente de las libertades de expresión e información, negándose su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (...) y condicionando su protección constitucional a una ponderación en la que resulte que verdaderamente sirvan, en el caso concreto, de garantía de la opinión pública, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección; es decir, cuando estas libertades no se ejerciten en conexión con asuntos de interés general por las materias a que se refieren o cuando por las personas que intervienen carezcan de relevancia pública. De ello se va a derivar, asimismo, que la legitimidad de las intromisiones en otros derechos requiere, no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, cuando sea el derecho de la libre información el analizado, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere» (FJ 7).

En el caso concreto, el TC señala que el hecho de que posteriormente no se hubiese acreditado la conducta imputada por el recurrente al Alcalde no podía erigirse en límite del derecho de aquél a su libertad de expresión, salvo que su ejercicio consistiese en un insulto o juicio de valor formalmente injurioso o innecesario para la expresión de la idea, pensamiento u opinión crítica que se formula. «El insulto sí constituye el límite interno del derecho a la libertad de expresión y se halla carente de protección constitucional».

Cuando colisiona el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor «este Tribunal ha mantenido que cuando los órganos judiciales aprecien la posible existencia de una conducta subsumible en uno de los tipos penales que protegen el honor de las personas, están obligados a efectuar un juicio ponderativo que les permita dilucidar, a la vista de las circunstancias que concurren en el caso que examinan, si tan conducta encuentra protección en el derecho fundamental a la libertad de expresión. Las circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar el grado de protección constitucional del mensaje son: el juicio sobre la relevancia pública del asunto (...), el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (...), y especialmente si son titulares de cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, ya que, como consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático, sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque «duelan, choquen o inquieten» (...) o sean especialmente molestas o hirientes (...). Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en que se producen (...), como una entrevista o intervención oral (...). Y, por encima de todo, si en efecto contribuyen a la formación de la opinión pública libre» (FJ 8).

(Sentencia 11/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Primera. Recurso de amparo 3450/97. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Derechos a la libertad de expresión y de información [art. 20.1 a) y d) CE]: relación con derecho al honor (art. 18.1 CE) y criterios para la resolución del conflicto entre uno y otro derecho fundamental

El recurrente en amparo había publicado en el diario murciano *La Opinión* un artículo titulado «El senador rompenidos», que motivó su condena como autor de un delito de desacato del artículo 244 del Código Penal de 1973. El recurrente alegaba la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y de información.

La STC señala que cuando un órgano judicial aplica una norma penal que se refiere a conductas en las que está implicado el ejercicio de un derecho fundamental, «ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquellos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad *ex* artículo 25.1 CE deviene aún más reforzada. Al margen de las prohibiciones anteriores tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir “por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (sobre tal “efecto desaliento”: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega]; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [Nilsen y Jonhsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España]. Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio» (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el artículo 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a)]» (FJ 5). «De estas tres posibilidades de lesión en que se puede incurrir al interpretar y aplicar tipos penales relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales (desconocimiento del contenido constitucionalmente protegido, falta de habilitación legal para la restricción del derecho y reacción desproporcionada ante el acto ilícito), sólo nos corresponde analizar si se ha producido o no la primera, por ser la única que el recurrente alega».

La STC examina el contenido del artículo periodístico y niega que éste contuviera una imputación al Alcalde de los incendios ocurridos en los carrizales. «El examen del texto íntegro del artículo, así como del contexto en el que fue redactado y, sobre todo de su tono jocoso, permiten, más allá de sus términos literales, afirmar que lo que en el mismo se realiza es básicamente una crítica negativa acerca de la gestión urbanística y medioambiental protagonizada por el querellante en su calidad de Alcalde, y no una imputación seria de la causación de los incendios (es significativo que el pie de la foto que acompaña la publicación del artículo hable de «sospechosos incendios» sin atribuir su autoría a persona alguna). Por tanto, es la omisión de cualquier actuación pública ante los efectos provocados por los incendios y los subsiguientes movimientos de tierras sobre el espacio natural ante tales efectos, lo que en realidad se imputa al y lo que motiva la ácida crítica que en el artículo se vierte. La contundencia de la crítica se apoya, en el artículo, en el resultado de una entrevista mantenida entre el regidor y los miembros de un grupo ecologista acerca de los incendios y los movimientos de tierras, asunto que, ha de resaltarse, es de evidente trascendencia pública e interés general: se trataba del impacto medioambiental que una serie de incendios, supuestamente provocados, y los subsiguientes movimientos de tierras sobre las zonas calcinadas estaban causando en un espacio natural».

La STC resume su jurisprudencia sobre el eventual conflicto entre el contenido de la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y el derecho al honor reconocido en el artículo 18.1 CE. «a) Como hemos reiterado con una afirmación tan expresiva como lacónica: la Constitución “no reconoce un pretendido derecho al insulto” (STC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5). Lo que, al afirmar tal cosa se pretende decir no es que la Constitución vede, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes; sino que, de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (...). b) Como señaló la STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5, con palabras que hoy mantienen plena vigencia respecto a la libertad de información *ex* artículo 20.1 d) CE: “la comunicación que la Constitución protege es la que transmita información «veraz», pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aun, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Conceptualmente, por otra parte, es difícil imagi-

nar que una comunicación inveraz pueda llegar siquiera a calificarse como un acto de información, pues si el emisor se desentiende del contenido de lo transmitido, de su relación con algún dato objetivo, está realmente expresando una opinión y no transmitiendo información alguna. c) Dada la conexión existente entre los derechos a la intimidad y el honor, pues en muchas ocasiones se afecta a este último mediante referencias a la vida privada de las personas, el interés público de la opinión expresada o de la información comunicada constituye un importante criterio de delimitación acerca de cuál sea la comunicación constitucionalmente protegida. En efecto, no cabe olvidar la función institucional de garantía de una opinión pública libre que a la libertad de expresión e información hemos reconocido, por ello, insistimos, en su confrontación con las pretensiones de restricción de la libre expresión o información que se dicen amparadas en la tutela del honor en relación con la intimidad de las personas, goza de protección constitucional aquella comunicación que, siendo veraz y no formalmente vejatoria, se refiera a asuntos con trascendencia pública, es decir, cuyo conocimiento sea necesario para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que la conducta enjuiciada no fue sino legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información. Las expresiones y afirmaciones de hecho se referían a un asunto de evidente interés general (la destrucción de un espacio natural protegido). Las conclusiones a que el articulista llegaba sobre la gestión política del Alcalde «no puede afirmarse que, pese al tono acerbo, incluso hiriente, en el que se expresó la crítica de la gestión pública, se utilizaran expresiones absolutamente injuriosas o impertinentes a la vista del contenido de la información, pues hemos reiterado que la libertad de información, ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratase de particulares sin proyección pública (...). Y si bien es cierto que, de forma satírica, cercana a veces a la caricatura, el recurrente denunció la falta de interés del munícipe por evitar los efectos medioambientales de los incendios y del posterior movimiento de tierras sobre la zona de nidificación quemada, ese fue el estilo literario de todo el artículo, lo cual puede comprobarse con la simple lectura de muchos de sus pasajes, que no han sido considerados injuriosos (...). En conclusión, ni del contenido del artículo puede extraerse que existiera una inveraz imputación de hechos al querellante, ni el mismo supone la mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable ni, por su tono, supera el límite de una firme defensa de las propias posiciones sobre un asunto de interés general que, como contribución al debate público, merece protección constitucional» (FJ 9).

(Sentencia 110/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2560/1996. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Derechos a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]: divulgación de acontecimientos de la vida privada de una persona particular que no eran imprescindibles para narrar los sucesos de interés público objeto de la información, lesionando su derecho al honor

Aunque la presente Sentencia resuelve un recurso de amparo formulado contra una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resulta de igual interés en el ámbito penal, por referirse al eventual conflicto entre el derecho al honor y los derechos de libertad de expresión e información.

La STC señala que no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre los bienes constitucionales en presencia, o que ésta pueda tenerse por razonable; «esta ponderación, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 20.1 CE, ha de efectuarse de modo que se respete la definición constitucional de los mismos y sus límites, cuya efectiva observancia le corresponde verificar a este Tribunal».

El TC, recordando lo dicho en la STC 180/1999, señala que «el derecho al honor es un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. De ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo de aquel derecho fundamental. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal ha afirmado que ese derecho ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas. Por tal razón hemos dicho que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. No cabe dejar de advertir, sin embargo, que este derecho fundamental al honor está, a su vez, limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Por ello cabe la posibilidad, según las circunstancias del caso, de que la reputación ajena tenga que soportar restricciones cuando lo requiera la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina. Así, hemos dicho en la STC 171/1990, de 12 de noviembre, citada a su vez por la 200/1998, de 14 de octubre, que los derechos fundamentales de quienes resulten afectados han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Debe señalarse además que la reputación protegida por el artículo 18.1 CE no sólo es la penalmente protegida. También aquella opinión o información que, aun no siendo injuriosa en términos penales, pueda suponer objetivamente un menoscabo del honor ajeno al divulgar expresiones o hechos concernientes a la vida de una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, puede conculcar el artículo 18.1 CE, pudiendo ser objeto de protección ante la jurisdicción civil y, en su caso, ante este Tribunal (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1981, de 5 de mayo)» (FJ 6).

«Ya hemos dicho en reiteradas ocasiones que los denominados personajes públicos o que poseen notoriedad pública, esto es y en ese orden, todo aquel que

tenga atribuida la administración del poder público y aquellos otros que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, pueden ver limitado su derecho al honor con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura (...). Con todo, en ninguno de los casos, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del artículo 18 CE (...), sin perjuicio de que sobre dichas figuras públicas pese la carga de la prueba sobre el carácter injurioso, vejatorio o innecesario de la crítica a la que hayan sido sometidos. Sin embargo, otro debe ser el canon para el caso de que la información y las opiniones que la acompañan tengan por objeto a una persona que no sea personaje público o carezca de notoriedad pública y más aun si se refieren a sucesos propios de su vida privada, carentes de toda relevancia pública, o, de estar implicados en un asunto dotado de tal relevancia, cuando lo narrado y, en consecuencia, las opiniones vertidas al hilo de lo que se narra nada tengan que ver con los sucesos de interés público en los que pudo verse implicado o afectado, o su conexión con los mismos es puramente circunstancial e irrelevante. Es aquí donde quien informa y opina, al hacerlo, deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice del mismo es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da. De no hacerlo o de desprenderse palmariamente del reportaje periodístico la irrelevancia de la mención del ofendido, si lo dicho es vejatorio, se habrá vulnerado el derecho al honor del aludido. De otra forma, el derecho de crítica se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información (...). Únicamente la veracidad de los hechos revelados y la relevancia pública que los mismos puedan tener, con arreglo a lo que este Tribunal ha definido como tal en reiteradísimas resoluciones, pueden imponer un límite tal a los derechos a la intimidad y honor del particular, que éste deba tolerar la divulgación de aquella información sobre su vida privada y que su conducta se pueda ver calificada de forma molesta o hiriente. Pero de modo alguno deberá soportar que esa divulgación se acompañe de expresiones formal o manifiestamente injuriosas o vejatorias; o que resulten innecesarias para lo que se desea comunicar, bien por irrelevantes o por la forma en la que se divulgan, ya que, como también hemos dicho, el tono mordaz, irónico o burlesco resulta inoportuno e inadecuado cuando arbitraria y gratuitamente tiene por objeto a un simple particular (...), que más que protagonista de los hechos narrados en el reportaje periodístico, que bien pueden ser veraces y dotados de relevancia pública, resulta ser su víctima» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC entiende que en la información divulgada se revelaban ciertos acontecimientos de la vida privada de una persona, irrelevantes en relación con el contexto y finalidad del reportaje, que dañaban su imagen social y

afectaban negativamente a su reputación y buen nombre, lo que constituye una incuestionable lesión del derecho al honor.

(Sentencia 112/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 4207/96. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Deniega el amparo)

Derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]: su conexión con el derecho de defensa

Dice en esta Sentencia el TC que «el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE». Según la STC, con cita de la STC 157/1996, «la relevancia constitucional de esta peculiar libertad de expresión deviene de su conexión instrumental con el derecho fundamental de las partes en el proceso a la defensa y a la asistencia letrada», añadiendo que la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de su función de defensa debe ser concebida como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental, resultando una libertad de expresión reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa. «Es éste, en definitiva, el espíritu que late en el artículo 437.1 LOPJ, cuando dispone que «en su actuación ante los Juzgados y Tribunales los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de la función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa». Tales circunstancias concurren precisamente en el supuesto que se conoce en el presente recurso de amparo. Ciertamente, la condena penal se fundamentó en especial no en el recurso de reforma formulado en el proceso correspondiente, sino en el escrito dirigido al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia. Mas ello no obsta a la conclusión expresada, pues dicho escrito, tanto por su contenido y finalidad, como por la condición profesional en que actuaba su autor (Abogado defensor de uno de los imputados en el proceso por delito), no puede desvincularse del proceso penal de referencia, en virtud del cual se produjo y sólo en función del cual tiene sentido» (FJ 4).

Según la STC, «lo establecido en los artículos 448 ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervengan en los pleitos no sólo regula la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, sino que también constituye un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendado. Por ello resulta de suma importancia subrayar ahora, tal y como ya hicimos en nuestra STC 38/1988 (FJ 2) y luego en las SSTC 92/1995 y 157/1996, la preferente aplicación de la vía disciplinaria configurada en los artículos 448 ss. LOPJ respecto de la vía penal del juicio de faltas para sancionar las conductas que no sean constitutivas de delito de los Abogados en el proceso, toda vez que aquella vía disciplinaria se ha establecido al servicio de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 20.1 a) y 24 CE. Sin embargo, en el caso que nos ocupa (y a diferencia de lo sucedido en los recursos de amparo resueltos por nuestras SSTC 38/1988 y 92/1995) no se fundamenta la demanda de amparo en que se haya desconocido por los órganos judiciales la vía disciplinaria prevista y regulada

por los artículos 448 y siguientes LOPJ. Ahora bien, tal circunstancia no hace obligado el uso del artículo 84 LOTC para resolver sobre lo solicitado en la demanda de amparo. En efecto, dados los términos en que ésta se ha planteado puede decidirse acerca de la procedencia o no del amparo pretendido, previo examen de si los términos utilizados y las expresiones vertidas en sus escritos por el ahora recurrente lo fueron dentro de los límites constitucionalmente permitidos de la libertad de expresión, al amparo del artículo 20.1 a) CE, en ocasión del ejercicio del derecho de defensa letrada, relacionado en el artículo 24 CE» (FJ 5).

La STC, partiendo del carácter reforzado de la libertad de expresión cuando se hace efectiva en el marco del ejercicio del derecho de defensa, señala, con cita de la STC 205/1994, que «el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial que asiste a todos los ciudadanos (art. 24.1 CE) y el carácter esencial que para el funcionamiento de la Justicia reviste la figura del Abogado impone, y así se ha recogido en la legalidad ordinaria (art. 437.1 LOPJ), que en su actuación ante los Jueces y Tribunales los Abogados sean libres e independientes, gozando de los derechos inherentes a la dignidad de su función, por lo que deberán ser amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa. Sigue diciendo dicha Sentencia..., que la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la libertad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el artículo 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte (art. 24 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE), de modo que se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar. Sin embargo, sigue diciendo dicha Sentencia, esta especial cualidad de la libertad ejercitada se ha de valorar atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 CEDH erige en límite explícito a la libertad de expresión» (FJ 6).

La STC concluye afirmando que las expresiones utilizadas por el recurrente no pueden ser calificadas de formalmente injuriosas, insultantes o vejatorias, ni para el Fiscal interviniente en la causa ni para ninguna otra Autoridad o persona que hubiese tenido intervención en ésta, sino que tienen un sentido de crítica de la actuación procesal del Fiscal en la causa en la medida en que su petición de ampliación de declaraciones de los imputados podía afectar negativamente a la situación personal de su defendido, que se hallaba en prisión, por lo que la apreciación por los órganos judiciales de la comisión de una infracción penal, aunque sea leve, vulneró el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, que llevaba a efecto el recurrente en amparo como Letrado defensor de uno de los imputados en el proceso penal.

(Sentencia 113/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 4435/96. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar)

ARTÍCULO 20.1 d) CE

Derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]: el requisito de la veracidad; deber de diligencia del informador. Insuficiencia de la remisión a fuentes indeterminadas en la actividad de averiguación de la veracidad. Alcance de la revisión constitucional de una Sentencia absolutoria o resolución judicial que materialmente produzca el mismo efecto. Derecho al honor (art. 18.1 CE)

Los recurrentes impugnaban en su recurso de amparo los Autos dictados por el Juzgado de Instrucción y por la Audiencia Provincial, en apelación, por los que se había acordado el archivo de una querrela interpuesta por aquéllos por presunto delito de calumnias. La querrela se presentó contra el autor de un reportaje publicado en el diario *El Mundo*, en el que se había afirmado que altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares, y empresarios del sector de suministros, habían pactado, de forma irregular y a cambio de comisiones millonarias, un contrato de 25.000.000 de ptas. Tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron que los hechos no eran constitutivos de delito, por entender que el querellado había actuado en el ejercicio del derecho a la libertad de información. Por el contrario, según los recurrentes, el hecho de haberles imputado la comisión de un delito de cohecho activo (el pago de las comisiones millonarias) sin haber aportado ningún elemento de prueba que corroborara la información, vulneraba su derecho al honor. Alegaban los recurrentes que no se había cumplido el requisito de la veracidad, porque el informador no aportó más elemento de prueba que la genérica remisión a informantes cuya identidad no desveló alegando secreto profesional.

Con carácter previo, la STC recuerda que el recurso de amparo no es cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la CE no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena. «Ahora bien, de esta afirmación no cabe deducir que, cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos judiciales no hayan dictado Sentencia condenatoria, este Tribunal no pueda pronunciarse sobre la existencia de la vulneración constitucional alegada. En este caso, que es precisamente el que se plantea en el supuesto que ahora se examina, el juicio que puede efectuarse en sede de amparo constitucional no puede extenderse a analizar si concurren o no los elementos de tipo delictivo, pues, salvo en los supuestos en los que la interpretación efectuada por los órganos judiciales de estos elementos sea irrazonable de tal forma que la misma pueda conllevar una vulneración del principio de legalidad penal (por todas, STC 189/1998, de 28 de septiembre), ésta es una tarea de estricta legalidad ordinaria que compete en exclusiva a la jurisdicción penal (...). Sí corresponde, en cambio, a este Tribunal revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal, al ser éste el objeto propio y específico del recurso de amparo constitucional» (FJ 2). No obstante, añade la STC, «dado que esta revisión constitucional tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto –Autos de sobreseimiento o en los que se ordena el archivo de las diligencias por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito–, su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar en un auténtico pro-

ceso (...), una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada» (FJ 2). «Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización» (FJ 2).

«Es doctrina constitucional reiterada que en los casos que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político” (...). De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Handyside* de 7 de diciembre de 1976 y caso *Lingens* de 8 de julio de 1986). Ahora bien, para que el derecho a la información prevalezca sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE es preciso, por una parte, que la información se refiera a hechos de relevancia pública; y, por otra, que dicha información sea veraz» (FJ 4).

La STC examina con detalle el requisito de la veracidad de la información, cuya concurrencia se cuestionaba por los recurrentes. «Este Tribunal ha sostenido de forma reiterada que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (...). La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (...). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información» (FJ 5).

En cuanto a la determinación del deber de diligencia exigible a un profesional de la información, señala la STC que depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, debiendo tenerse en cuenta diversos criterios: «en primer lugar hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (...). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del res-

peto a la presunción de inocencia (...). Junto a estos criterios deberá valorarse también el de la trascendencia de la información; criterio, no obstante, cuya aplicación puede deparar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado en su contraste (...), este mismo motivo apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia (...). La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión a tomar en consideración, pues, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones, los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconoce un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos (...). No obstante, de esta doctrina no cabe deducir, como es obvio, que los llamados personajes públicos carezcan del derecho al honor (...) ni tampoco puede conllevar una restricción del derecho a informar sobre noticias de interés público pero que incidan sobre sujetos que carezcan de esta condición. También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (STC 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son entre otros, los que aluden la STC 240/1992 y reitera la STC 28/1996: el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc. En definitiva, lo que a través de este requisito se está exigiendo al profesional de la información es una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz» (FJ 6).

En el caso concreto, el periodista, al recibir una carta anónima, a través de la cual se pusieron en su conocimiento los hechos sobre los que versó la información posteriormente publicada, se había limitado a iniciar una investigación, que aunque sirvió para confirmar la existencia de irregularidades administrativas en relación a un concurso público, no dejó acreditado que fueran los recurrentes en amparo quienes hubieran pagado las comisiones millonarias a las que hacía referencia la información, pues el periodista sólo declaró haber comprobado la veracidad del hecho a través de la información que le habían proporcionado diversas personas, pero de las que no desveló su identidad, es decir, remitiéndose a fuentes indeterminadas. Dice al respecto el TC que «al no haber desvelado el periodista la identidad de las personas que le confirmaron el hecho de que se habían pagado comisiones millonarias, el origen de la fuente de información es indeterminada y, respecto de este tipo de fuentes, este Tribunal ha señalado que el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (...), pues

la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información (...). Todas estas consideraciones nos conducen a entender que el informador no actuó con la diligencia constitucionalmente exigible y, en consecuencia, al no poder quedar amparada su actuación por su derecho a la información, vulneró el derecho al honor de los ahora recurrentes en amparo al haberles imputado un hecho constitutivo de delito» (FJ 8).

(Sentencia 21/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3725/96. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Otorga parcialmente el amparo)

Derechos a la libertad de expresión y de información [art. 20.1 a) y d) CE]: relación con derecho al honor (art. 18.1 CE) y criterios para la resolución del conflicto entre uno y otro derecho fundamental

El recurrente en amparo había publicado en el diario murciano *La Opinión* un artículo titulado «El senador rompenidos», que motivó su condena como autor de un delito de desacato del artículo 244 del Código Penal de 1973. El recurrente alegaba la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y de información.

La STC señala que cuando un órgano judicial aplica una norma penal que se refiere a conductas en las que está implicado el ejercicio de un derecho fundamental, «ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquellos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad *ex* artículo 25.1 CE deviene aun más reforzada. Al margen de las prohibiciones anteriores tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir “por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (sobre tal “efecto desaliento”: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega]; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13

de julio de 1995, §§ 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [Nilsen y Jonhsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España]. Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone “la necesidad de que se deje un amplio espacio” (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angustias, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el artículo 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a)» (FJ 5). «De estas tres posibilidades de lesión en que se puede incurrir al interpretar y aplicar tipos penales relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales (desconocimiento del contenido constitucionalmente protegido, falta de habilitación legal para la restricción del derecho y reacción desproporcionada ante el acto ilícito), sólo nos corresponde analizar si se ha producido o no la primera, por ser la única que el recurrente alega».

La STC examina el contenido del artículo periodístico y niega que éste contuviera una imputación al Alcalde de los incendios ocurridos en los carrizales. «El examen del texto íntegro del artículo, así como del contexto en el que fue redactado y, sobre todo de su tono jocoso, permiten, más allá de sus términos literales, afirmar que lo que en el mismo se realiza es básicamente una crítica negativa acerca de la gestión urbanística y medioambiental protagonizada por el querellante en su calidad de Alcalde, y no una imputación seria de la causación de los incendios (es significativo que el pie de la foto que acompaña la publicación del artículo hable de «sospechosos incendios» sin atribuir su autoría a persona alguna). Por tanto, es la omisión de cualquier actuación pública ante los efectos provocados por los incendios y los subsiguientes movimientos de tierras sobre el espacio natural ante tales efectos, lo que en realidad se imputa al y lo que motiva la ácida crítica que en el artículo se vierte. La contundencia de la crítica se apoya, en el artículo, en el resultado de una entrevista mantenida entre el regidor y los miembros de un grupo ecologista acerca de los incendios y los movimientos de tierras, asunto que, ha de resaltarse, es de evidente trascendencia pública e interés general: se trataba del impacto medioambiental que una serie de incendios, supuestamente provocados, y los subsiguientes movimientos de tierras sobre las zonas calcinadas estaban causando en un espacio natural».

La STC resume su jurisprudencia sobre el eventual conflicto entre el contenido de la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y el derecho al honor reconocido en el artículo 18.1 CE. «a) Como hemos reiterado con una afirmación tan expresiva como lacónica: la Constitución “no reconoce un pretendido derecho al insulto” (STC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5). Lo que, al afirmar tal cosa se pretende decir no es que la Constitución vede, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes; sino que, de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (...). b) Como señaló la STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5, con palabras que hoy mantienen plena vigencia respecto a la libertad de información *ex* artículo 20.1 d) CE: “la comunicación que la Constitución protege es la que transmita información «veraz», pero de ello no se sigue que

quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aun, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Conceptualmente, por otra parte, es difícil imaginar que una comunicación inveraz pueda llegar siquiera a calificarse como un acto de información, pues si el emisor se desentiende del contenido de lo transmitido, de su relación con algún dato objetivo, está realmente expresando una opinión y no transmitiendo información alguna. c) Dada la conexión existente entre los derechos a la intimidad y el honor, pues en muchas ocasiones se afecta a este último mediante referencias a la vida privada de las personas, el interés público de la opinión expresada o de la información comunicada constituye un importante criterio de delimitación acerca de cuál sea la comunicación constitucionalmente protegida. En efecto, no cabe olvidar la función institucional de garantía de una opinión pública libre que a la libertad de expresión e información hemos reconocido, por ello, insistimos, en su confrontación con las pretensiones de restricción de la libre expresión o información que se dicen amparadas en la tutela del honor en relación con la intimidad de las personas, goza de protección constitucional aquella comunicación que, siendo veraz y no formalmente vejatoria, se refiera a asuntos con trascendencia pública, es decir, cuyo conocimiento sea necesario para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que la conducta enjuiciada no fue sino legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información. Las expresiones y afirmaciones de hecho se referían a un asunto de evidente interés general (la destrucción de un espacio natural protegido). Las conclusiones a que el articulista llegaba sobre la gestión política del Alcalde «no puede afirmarse que, pese al tono acerbo, incluso hiriente, en el que se expresó la crítica de la gestión pública, se utilizaran expresiones absolutamente injuriosas o impertinentes a la vista del contenido de la información, pues hemos reiterado que la libertad de información, ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratase de particulares sin proyección pública (...). Y si bien es cierto que, de forma satírica, cercana a veces a la caricatura, el recurrente denunció la falta de interés del munícipe por evitar los efectos medioambientales

de los incendios y del posterior movimiento de tierras sobre la zona de nidificación quemada, ése fue el estilo literario de todo el artículo, lo cual puede comprobarse con la simple lectura de muchos de sus pasajes, que no han sido considerados injuriosos (...). En conclusión, ni del contenido del artículo puede extraerse que existiera una inveraz imputación de hechos al querellante, ni el mismo supone la mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable ni, por su tono, supera el límite de una firme defensa de las propias posiciones sobre un asunto de interés general que, como contribución al debate público, merece protección constitucional» (FJ 9).

(Sentencia 110/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2560/1996. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Derechos a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]: divulgación de acontecimientos de la vida privada de una persona particular que no eran imprescindibles para narrar los sucesos de interés público objeto de la información, lesionando su derecho al honor

Aunque la presente Sentencia resuelve un recurso de amparo formulado contra una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resulta de igual interés en el ámbito penal, por referirse al eventual conflicto entre el derecho al honor y los derechos de libertad de expresión e información.

La STC señala que no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre los bienes constitucionales en presencia, o que ésta pueda tenerse por razonable; «esta ponderación, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 20.1 CE, ha de efectuarse de modo que se respete la definición constitucional de los mismos y sus límites, cuya efectiva observancia le corresponde verificar a este Tribunal».

El TC, recordando lo dicho en la STC 180/1999, señala que «el derecho al honor es un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. De ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo de aquel derecho fundamental. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal ha afirmado que ese derecho ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas. Por tal razón hemos dicho que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. No cabe dejar de advertir, sin embargo, que este derecho fundamental al honor está, a su vez, limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Por ello cabe la posibilidad, según las circunstan-

cias del caso, de que la reputación ajena tenga que soportar restricciones cuando lo requiera la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina. Así, hemos dicho en la STC 171/1990, de 12 de noviembre, citada a su vez por la 200/1998, de 14 de octubre, que los derechos fundamentales de quienes resulten afectados han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Debe señalarse además que la reputación protegida por el artículo 18.1 CE no sólo es la penalmente protegida. También aquella opinión o información que, aun no siendo injuriosa en términos penales, pueda suponer objetivamente un menoscabo del honor ajeno al divulgar expresiones o hechos concernientes a la vida de una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, puede conculcar el artículo 18.1 CE, pudiendo ser objeto de protección ante la jurisdicción civil y, en su caso, ante este Tribunal (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1981, de 5 de mayo)» (FJ 6).

«Ya hemos dicho en reiteradas ocasiones que los denominados personajes públicos o que poseen notoriedad pública, esto es y en ese orden, todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público y aquellos otros que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, pueden ver limitado su derecho al honor con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura (...). Con todo, en ninguno de los casos, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del artículo 18 CE (...), sin perjuicio de que sobre dichas figuras públicas pese la carga de la prueba sobre el carácter injurioso, vejatorio o innecesario de la crítica a la que hayan sido sometidos. Sin embargo, otro debe ser el canon para el caso de que la información y las opiniones que la acompañan tengan por objeto a una persona que no sea personaje público o carezca de notoriedad pública y más aún si se refieren a sucesos propios de su vida privada, carentes de toda relevancia pública, o, de estar implicados en un asunto dotado de tal relevancia, cuando lo narrado y, en consecuencia, las opiniones vertidas al hilo de lo que se narra nada tengan que ver con los sucesos de interés público en los que pudo verse implicado o afectado, o su conexión con los mismos es puramente circunstancial e irrelevante. Es aquí donde quien informa y opina, al hacerlo, deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice del mismo es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da. De no hacerlo o de desprenderse palmariamente del reportaje periodístico la irrelevancia de la mención del ofendido, si lo dicho es vejatorio, se habrá vulnerado el derecho al honor del aludido. De otra forma, el derecho de crítica se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información (...). Únicamente la veracidad de los hechos

revelados y la relevancia pública que los mismos puedan tener, con arreglo a lo que este Tribunal ha definido como tal en reiteradísimas resoluciones, pueden imponer un límite tal a los derechos a la intimidad y honor del particular, que éste deba tolerar la divulgación de aquella información sobre su vida privada y que su conducta se pueda ver calificada de forma molesta o hiriente. Pero de modo alguno deberá soportar que esa divulgación se acompañe de expresiones formal o manifiestamente injuriosas o vejatorias; o que resulten innecesarias para lo que se desea comunicar, bien por irrelevantes o por la forma en la que se divulgan, ya que, como también hemos dicho, el tono mordaz, irónico o burlesco resulta inoportuno e inadecuado cuando arbitraria y gratuitamente tiene por objeto a un simple particular (...), que más que protagonista de los hechos narrados en el reportaje periódico, que bien pueden ser veraces y dotados de relevancia pública, resulta ser su víctima» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC entiende que en la información divulgada se revelaban ciertos acontecimientos de la vida privada de una persona, irrelevantes en relación con el contexto y finalidad del reportaje, que dañaban su imagen social y afectaban negativamente a su reputación y buen nombre, lo que constituye una cuestionable lesión del derecho al honor.

(Sentencia 112/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 4207/96. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Deniega el amparo)

ARTÍCULO 24.1 CE

Prohibición de la reformatio in peius (art. 24.1 CE). Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)

El recurrente en amparo formulaba tres tipos de vulneraciones. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, la vulneración de la prohibición de la reforma peyorativa, y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber padecido indefensión. El TC estima el recurso por esta última vulneración.

En cuanto a la pretendida vulneración de la prohibición de reforma peyorativa, que aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, «representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión. También hemos sostenido que es trasladable al recurso de apelación lo dispuesto en el artículo 902 LECrim para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (...). De forma expresa y reiterada hemos aplicado la anterior doctrina a la fase de apelación dimanante, como en este caso, de un previo juicio de faltas (...). Finalmente, hemos mantenido que respecto de la acción civil derivada del ilícito penal (ámbito al que se contrae la presente demanda) rige también la imposibilidad de alterar en perjuicio del único apelante las indemnizaciones

concedidas en la instancia, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, salvo que existan otros recursos de apelación autónomos o adherentes al recurso del apelante, pues en este caso se incrementa el alcance devolutivo del recurso y, por ello, los poderes del órgano de apelación (...). En definitiva, desde el punto de vista de la acción civil anudada a la acción penal, se producirá la *reformatio in peius* cuando la modificación operada en fase de apelación no sea consecuencia de una petición deducida ante el Tribunal, bien a través de la formulación de un recurso de casación, bien por medio de la adhesión a cualquiera de los recursos admitidos por el órgano judicial» (FJ 5).

En el caso concreto, interpuesto por el recurrente recurso de apelación, la apelada había presentado escrito ante el Juzgado de Instrucción en el que pedía que se elevara la indemnización, lo que llevó al Tribunal de apelación a considerar a la denunciante como apelante-adherente y a analizar su pretensión, estimándola parcialmente, por lo que, dice la STC, «el órgano judicial realizó una interpretación ajustada a lo dispuesto en el artículo 795.4 de la ley procesal penal y, por lo tanto, pudo conocer más allá de la pretensión del apelante, pues la adhesión a la apelación es un vehículo apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal, si el Tribunal entiende razonablemente que el escrito de impugnación contiene, además, una pretensión de reforma de la Sentencia de instancia aprovechando que la contraparte estimó oportuno, en defensa de su derecho, interponer recurso de apelación contra la Sentencia. En su consecuencia, no existe lesión alguna al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque no existe reforma peyorativa alguna al dar respuesta los órganos judiciales a una pretensión de una de las partes del proceso, que el órgano judicial entendió correctamente formulada» (FJ 6).

Por último, respecto a la queja del recurrente consistente en que había padecido indefensión por no haber tenido oportunidad de contradecir los argumentos de la apelación adhesiva que no pudo conocer porque no se le dio traslado del escrito de la apelada, recuerda el TC sus recientes Sentencias 162/1997 y 56/1999, señalando que «la aplicación del principio de contradicción hace posible el enfrentamiento dialéctico de las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, así como que la contradicción ha de garantizarse también en la fase de apelación. Por ello, como hemos declarado en el fundamento anterior, condicionamos la regularidad de la adhesión a la apelación (como vehículo en el que insertar pretensiones autónomas de las partes apeladas) a que hubiera existido posibilidad de debatir y contradecir tales pretensiones, de modo que el apelante principal tuviera oportunidad de defenderse, rebatiendo, a su vez, los argumentos de los adherentes» (FJ 7).

El TC da la razón al recurrente respecto de esta última pretensión, otorgando el amparo y, en consecuencia, anulando la sentencia recaída en apelación y retrotrayendo las actuaciones al momento en que el recurrente pueda conocer y rebatir las alegaciones y la pretensión contenida en el escrito de impugnación y adhesión al recurso de apelación.

(Sentencia 16/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 1476/96. Otorga el amparo. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla)

Principio acusatorio. Derecho a la defensa (art. 24.1 CE). Ámbito específico del procedimiento abreviado: necesidad de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora

En esta Sentencia el TC hace, previamente al examen del recurso de amparo, unas declaraciones sobre el proceso penal y su significado. Dice la STC que «ha de tenerse presente que si el ejercicio del *ius puniendi* corresponde en exclusiva al Estado (...) y ha de llevarse a cabo exclusivamente en un proceso con todas las garantías, ello es consecuencia no sólo de que puede conducir a la imposición de la sanción más grave prevista en el Ordenamiento jurídico, la sanción criminal, sino también de que en dicho procedimiento pueden adoptarse medidas susceptibles de afectar al bien sagrado de la libertad del acusado y, en su caso, a los derechos fundamentales de otros intervinientes, como los testigos (...). En correspondencia con este significado y alcance del proceso penal, la Constitución ha establecido para este proceso y en favor del imputado o acusado, “un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí” en su artículo 24 (...). De suerte que cada una de las fases del proceso penal –iniciación (...); imputación judicial (...); adopción de medidas cautelares (...); Sentencia condenatoria (...); derecho al recurso y a la doble instancia (...)- se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de el mismo proceso penal comience (...), la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige tal pretensión» (FJ 3).

En cuanto al principio acusatorio, recuerda la STC que «forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal, incluidas asimismo como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE (...). Este principio rige en todos los procesos penales (...) y en cada una de las instancias de los mismos (...), e implica, entre otros contenidos, que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria» (...). Ahora bien, dicho esto, a los fines del presente caso interesa subrayar, de un lado, que ese derecho presupone, obvio es, la existencia de la acusación misma (...). De otro y más fundamentalmente, que la inobservancia del derecho a ser informado de la acusación puede producir, además, el resultado de la indefensión constitucionalmente prohibida (art. 24.1 CE), como se ha declarado en las SSTC 9/1982, de 10 de marzo, y 54/1985, de 18 de abril. De suerte que el conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan (...), ni tampoco es posible, por añadidura, que se lleve a cabo una defensa contradictoria ni que se dé la igualdad de armas procesales entre acusación y defensa, cuya lesión también genera indefensión» (FJ 4).

En el ámbito específico del procedimiento abreviado, recuerda la STC que de su doctrina se desprende, «en primer lugar, que la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora, y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto

de acusación. En segundo lugar, la garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del Auto de procesamiento e implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente del de designar Abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 LECrim. En tercer lugar, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE (...). La imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al artículo 24 CE, y por ende acreedora de la sanción procesal de la prueba prohibida (art. 11.1 LOPJ)» (FJ 5). El TC insiste en que la instrucción no puede tener lugar a espaldas del imputado, con quiebra del principio acusatorio e indefensión.

En el caso concreto, «en ningún momento anterior al Auto de incoación del procedimiento abreviado el Juzgado atribuyó al hoy recurrente de amparo la condición procesal de imputado ni se le informó de sus derechos. Aunque en su primera declaración, efectuada como testigo, se le leyó el escrito de denuncia, no cabe atribuir a este hecho la calificación de acto de imputación judicial, pues declaró en calidad de testigo y, por lo tanto, con obligación de decir verdad, y no estuvo asistido por Letrado. En consecuencia, no sólo resultó infringido el artículo 118 LECrim, sino también el deber del órgano judicial de ilustrar al interesado de la existencia de una causa abierta en su contra, para garantizar su defensa durante la instrucción (...). Deber que se origina no sólo por el hecho de la detención, sino por la propia imputación de parte, que debe dar lugar a la correspondiente imputación judicial si se admite la denuncia o la querrela o si se realiza cualquier acto procesal que suponga la atribución del hecho punible» (FJ 6).

Por último, la STC examina el significado y efectos del Auto de incoación del procedimiento abreviado previsto en el artículo 790.1 LECrim, recordando, con cita de la STC 186/1990, que «la fase de preparación del juicio oral en este proceso (el abreviado) no tiende, a diferencia también de lo que ocurre en la fase intermedia del procedimiento común, a dar oportunidad a las partes para que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva. Y se añadía que la admisión de las diligencias complementarias, que pueden solicitar las acusaciones en dicha etapa intermedia (art. 790.1 LECrim), es excepcional, y queda limitada, exclusivamente a los supuestos de imposibilidad de formular la acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos (art. 790.2 LECrim). De modo que, aunque tales diligencias tengan naturaleza instructora, ello no quiere decir que, por esta vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones a completar o ampliar la totalidad de la instrucción previa sin intervención del imputado. De lo que se desprende con claridad que la apertura de la fase intermedia –a través del Auto de incoación del procedimiento abreviado previsto en el artículo 790.1 LECrim– supone necesariamente la clausura de la fase anterior de

instrucción, sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella. Y como consecuencia de lo anterior, el Auto de incoación del procedimiento abreviado no sólo tiene el significado de clausurar de manera implícita la anterior fase de instrucción (STC 186/1990, FJ 8), sino que por la propia naturaleza y características de esta fase procesal, impide al imputado solicitar nuevas diligencias o tener conocimiento de las ya practicadas, o pedir el sobreseimiento. Con mayor motivo esto es así cuando, como en este caso, el denunciado ni siquiera había adquirido previamente la condición de imputado y todavía no se había personado con Abogado ni Procurador en las actuaciones. Por ello, la segunda declaración efectuada por (el recurrente) en la fase intermedia fue improcedente y extemporánea. Pero aunque entonces contó con la asistencia de Abogado y fue ilustrado de sus derechos, esta circunstancia no fue capaz ya de subsanar la vulneración del principio acusatorio, puesto que la instrucción se había desarrollado en su totalidad a espaldas del recurrente (...). Lo que sin duda constituye un menoscabo de su derecho de defensa» (FJ 7).

La STC otorga el amparo, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a aquel en que fue dictado el Auto de continuación de la tramitación por los cauces del Cap. II del Libro IV de la LECrim.

(Sentencia 19/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 2806/96. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): vicio de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre los motivos de la apelación

El recurrente en amparo, entre otras alegaciones, reprochaba a la Sentencia de la Audiencia Provincial que impugnaba un vicio de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre los motivos de la apelación y, en concreto, sobre la inaplicación retroactiva de la norma penal más favorable, pues había sido condenado por el Código Penal de 1973 cuando de aplicación el Código Penal de 1995, más favorable en lo relativo a la duración de la pena de privación del permiso de conducir que le había sido impuesta.

Recuerda la STC que «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesiva del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (...). Existe ya hoy una consolidada doctrina sobre la incongruencia omisiva cuyos rasgos fundamentales, sistematizados en el fundamento jurídico 2 de la STC 1/1999, de 25 de enero, pueden resumirse en los siguientes términos: “a) No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una

respuesta explícita y pomenorizada a todas ellas –y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial–, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita (...). *b)* Para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta tácita a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión (...). *c)* Más en concreto habrá igualmente de comprobarse que la pretensión omitida fuera efectivamente llevada al juicio en momento procesal oportuno para ello”» (FJ 2).

La STC aplica la anterior doctrina al caso concreto, estimando el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse pronunciado la Sentencia impugnada sobre la solicitud del recurrente relativa a la aplicación del Código Penal de 1995, a pesar de establecer una pena más favorable que el de 1973.

(Sentencia 23/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 713/97. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Otorga el amparo)

Expulsión de un extranjero del territorio español: su carácter de sanción administrativa sujeta a control jurisdiccional. La autorización del Juez penal para que la Administración expulse a un extranjero, acusado de haber cometido un delito menos grave, antes de celebrar el juicio oral, no es una sanción ni le priva de sus derechos de defensa ante el Juez contencioso-administrativo. Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de extranjeros en España

En el caso resuelto por esta STC, el recurrente en amparo, súbdito chino, impugnaba los Autos del Juzgado de Instrucción que habían autorizado su expulsión del territorio español, alegando la vulneración del «artículo 24.2 CE en lo que concierne al principio acusatorio, porque se habría ordenado la expulsión del recurrente sin que existiese acusación en la causa abierta contra él; el derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que –según el recurrente– la expulsión se dictó en una fase procesal en la que aún no había quedado delimitada la legitimación pasiva del recurrente; el derecho a la presunción de inocencia, ya que se le expulsó sin que existiese base fáctica suficiente para imputarle los delitos de que era acusado; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, a cuyo efecto alega que no se practicó una prueba admitida por el Juzgado, finalmente, estima que le ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto que el Juzgado de Instrucción rechazó el recurso de reforma con una interpretación legalista y opuesta al indicado derecho fundamental» (FJ 1).

El TC advierte que «la demanda parte de una premisa incorrecta, cual es la de calificar como sanción a la resolución judicial impugnada, que autoriza la expulsión del recurrente del territorio español. La autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración, y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional. En efecto,

este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del artículo 25.1 CE (...) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (...), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (...). Sin embargo, en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero encartado, de conformidad con el primer párrafo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una sanción sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero condenado (prevista en el segundo párrafo de dicho artículo, que ha de entenderse modificado por el artículo 89.1 del nuevo Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello (...), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el artículo 21.2, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 7/1985 (...), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia» (FJ 3).

Con carácter previo, recuerda también el TC que «los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (...). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de os extranjeros en su territorio (...), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre. La STC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, han precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los artículos 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus artículos 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. Del referido precepto del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos se derivan los límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país. El primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión. Si se cumplen esas garantías, cualquier extranjero incurrido en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión puedan ser delictivos (art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de Extranjería), intervención judicial que supone para este extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativo de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurrido en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 21.2, párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención».

El recurrente en amparo había alegado la vulneración del principio acusatorio, por haber permitido las resoluciones impugnadas que se le hubiera impuesto una sanción (la expulsión del territorio español) sustitutiva de la eventual condena penal, sin que existiera acusación formal en la causa por el Ministerio Fiscal, al hallarse el procedimiento penal en la fase de diligencias previas. «Dado que la Ley Orgánica 7/1985 condiciona la viabilidad de la solicitud de expulsión en los supuestos de encartamiento por delitos menos graves, una vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, nada impide que pueda resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas diligencias previas. En consecuencia, cuando un extranjero se encuentra encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurrido en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, una vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión del extranjero» (FJ 5).

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por haberse concedido la autorización judicial para la expulsión sin que existiere prueba de cargo suficiente para imputar al recurrente la comisión de los delitos objeto de las diligencias previas, la STC insiste en que el recurrente «parte de la premisa errónea de considerar como sanción a la autorización judicial de expulsión. El Auto impugnado no contiene una sanción, no es una manifestación del

ius puniendi del Estado, por lo que carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia. El efecto procesal inmediato de la autorización judicial prevista en el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/1985 es la paralización, respecto al demandante de amparo, de un procedimiento penal en fase de diligencias previas. El Juzgado de Instrucción autoriza, en efecto, a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión, y para ello se limita a verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no imputado en un proceso penal por delitos menos graves, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (arts. 21.2 y 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985). Todo ello, sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativo, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 7/1985 y STC 115/1987, de 7 de julio)» (FJ 6).

La STC rechaza las otras alegaciones del recurrente, desestimando, en consecuencia, el recurso de amparo.

(Sentencia 24/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 1543/97. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Deniega el amparo.)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): necesidad de una motivación reforzada de la resolución cuando ésta se conecta con otros derechos fundamentales

El recurrente dirigía su recurso de amparo contra los Autos de la Audiencia Provincial, que habían denegado la suspensión de la ejecución de la pena que le había sido impuesta, solicitada conforme al artículo 80.4 del Código Penal de 1995, alegando padecer una enfermedad muy grave e incurable. El TC otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La STC recuerda que «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (...). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (...). En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere «arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable» no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (...). Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (...), como también lo es, aunque en distinta medida, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el valor libertad. Así, en relación con la concesión de los permisos penitenciarios, este Tribunal ha señalado que si bien su denegación no supone una lesión del derecho a la libertad en senti-

do propio, dado que el título legítimo de la privación de libertad es la sentencia condenatoria, sin embargo, las resoluciones denegatorias afectan al valor superior libertad. Por ello, “el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior” (...). Finalmente, hemos de considerar que los órganos judiciales no resultan dispensados del deber de motivar sus resoluciones por el hecho de que hayan de dictarlas en un ámbito en el que gozan de un cierto margen de discrecionalidad, pues como este Tribunal ha afirmado, «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad» (FJ 2).

La STC examina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva atendiendo al canon de motivación reforzado, dada la conexión de este derecho, en el caso resuelto, con el valor libertad y de derecho a la integridad física, señalando que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de dicha restricción se llevará a cabo. Y añade que en el caso concreto la suspensión se solicitó con fundamento en los efectos negativos que el ingreso en prisión del condenado tendría para la evolución de su enfermedad, y, por tanto, la decisión judicial no podía dejar de tomar en consideración el derecho fundamental a la integridad física del recurrente.

La STC entiende que los Autos impugnados que denegaron la suspensión de la ejecución de la pena vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, pues si bien exteriorizaron las razones de la decisión denegatoria, su fundamento no constituyó una razonable interpretación y aplicación al caso de las normas aplicables. «En efecto, el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad aparece previsto con carácter general en el vigente Código Penal, estableciéndose la posibilidad de concederla “mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto” (art. 80.1), siempre que concurren los requisitos que se determinan en el artículo 81: haber delinquido por primera vez, que la pena impuesta no supere los dos años de prisión y haber satisfecho las responsabilidades civiles. De este régimen general se separa la suspensión de la ejecución de la pena en casos de enfermedad muy grave, pues el artículo 80.4 establece que los «Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo». Del régimen específico de la suspensión de la ejecución para los casos en que se alegue enfermedad muy grave, deriva que, ciertamente, los Tribunales sentenciadores, cuentan con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en la concesión o denegación de la suspensión. De un lado, en cuanto a la apreciación del presupuesto de la suspensión excepcional, es decir, en la ponderación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de

si le ocasiona padecimientos incurables. Pero, de otro, también existe un núcleo discrecional en la decisión misma de exonerar al condenado, en el caso concreto, de la concurrencia de los requisitos generales para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena» (FJ 4). La STC señala que, sin entrar en la interpretación de la norma penal, cuestión de legalidad ordinaria, «una resolución fundada en Derecho en este marco sería aquella que exterioriza las razones por las cuales estimase, de un lado, si concurre o no el presupuesto habilitante de la suspensión específica –enfermedad muy grave con padecimientos incurables–, y, de otro, las que ponderen y justifiquen que, aun concurriendo el mencionado presupuesto fáctico, es improcedente la suspensión atendiendo a las circunstancias individuales del penado, así como otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la de decisión» (FJ 4).

La STC examina las resoluciones judiciales impugnadas, concluyendo que en ellas no se encuentra afirmación alguna que permita inferir si para la Audiencia Provincial ha de entenderse inexistente la enfermedad grave con padecimientos incurables alegada por el recurrente, ni ponderación alguna entre las circunstancias individuales del penado de las que se derive que haya de primar el valor de la seguridad colectiva sobre el de la integridad física de aquél. La STC recuerda entonces la STC 48/1996, en la que se señaló que «la posibilidad de otorgar la libertad condicional en casos de enfermedad grave, similares a los actuales de suspensión de ejecución de la pena, pretende un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. En consecuencia, una motivación fundada en Derecho requiere la ponderación de los bienes y derechos en conflicto: de un lado, la seguridad colectiva que podría verse afectada por el no ingreso en prisión de un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia, dadas sus circunstancias personales y, sobre todo, en atención a la incidencia en dicho pronóstico de la enfermedad padecida por el mismo; y, de otro, el grado de afección del derecho a la vida e integridad física del condenado teniendo en cuenta el tipo de enfermedad y la mayor o menor incidencia que el ingreso en prisión de quien la padece tendría en ella». La STC pone de manifiesto que nada de ello aparece en los Autos impugnados y, en consecuencia, estima el amparo, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse el primero de esos Autos, a fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva resolución debidamente fundada en Derecho.

(Sentencia 25/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 2768/97. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): incongruencia omisiva causante de indefensión

La principal alegación del recurso de amparo, resuelto, favorablemente, en esta STC, se refería a la pretendida incongruencia omisiva o *ex silentio* de la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, con vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haber ofrecido aquél respuesta a los argumentos del recurso de apelación formulado por la recurrente.

La STC recuerda que «el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución judicial mo-

tivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso (...). Esta correspondencia o adecuación se quiebra en aquellos casos en que la Sentencia guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, modalidad de incongruencia por omisión o *ex silentio* que puede ocasionar que la resolución judicial afectada por ese vicio, genere una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso. Ahora bien, no todos los casos de ausencia de respuesta judicial expresa producen una indefensión constitucionalmente relevante, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si: *a)* el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita o, incluso, por remisión, suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del citado derecho fundamental (...); *b)* si efectivamente se ha planteado la cuestión cuyo conocimiento se afirma eludido por el Tribunal (...); *c)* y, por último, si la incongruencia omisiva apreciada causó un efectivo perjuicio de los derechos de defensa de quien se queja en amparo» (FJ 2).

En el caso concreto, el TC llega a la conclusión de que lo alegado por la recurrente en su recurso de apelación no había sido objeto de examen alguno por el Tribunal *ad quem*, «que se limitó a ofrecer una respuesta genérica a cuestiones no debatidas, dejando imprejuizada la concreta pretensión ejercitada por la actora» y «tampoco ofrece duda alguna el hecho de que la incongruencia omisiva en que incurrió la Sentencia de la Audiencia Provincial..., causó a la demandante de amparo una indefensión sustantiva o material, vaciando de contenido su derecho a una segunda instancia en materia penal, y privando así de la debida eficacia al ejercicio de su derecho de defensa. Procede, pues, estimar la queja formulada por la demandante y apreciar la denunciada vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (FJ 4).

(Sentencia 34/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 3513/95. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva

La recurrente alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por indefensión en un procedimiento de ejecución de Sentencia, que se habría producido por haber seguido la Audiencia Provincial los trámites procedimentales propios de la tasación de costas (arts. 239 ss. LEC), en lugar de los de la ejecución de Sentencia (arts. 927 ss. LEC). Según la recurrente, como este último procedimiento contiene más garantías y posibilidades de contradicción e impugnación que el de tasación de costas, el error en la elección del procedimiento sería causante de indefensión.

Pues bien, la STC rechaza este canon constitucional de indefensión consistente en dicha comparación abstracta de garantías de uno y otro procedimiento. La STC recuerda que «para la apreciación de una situación de indefensión es necesario un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente per-

juicio real y efectivo para los intereses afectados. La descripción y comparación abstracta de dos procedimientos judiciales no puede fundamentar, sin más un juicio de indefensión. Es necesaria una reconstrucción concreta y real de los trámites que, para la ejecución de la Sentencia condenatoria, efectivamente se siguieron por parte de la Audiencia Provincial; sólo a partir de las actuaciones procesales realmente practicadas se podría llegar, en términos constitucionales, a un pronunciamiento de indefensión. Además, que el órgano judicial no articule todas las posibilidades de contradicción e impugnación que establece la LEC (esto es, que no siga todos los trámites del procedimiento de ejecución de Sentencias) no determina necesariamente una situación de indefensión constitucionalmente relevante. De acuerdo con las precisiones anteriores, a este Tribunal únicamente corresponde enjuiciar si los concretos trámites seguidos por la Audiencia Provincial, en ejecución de Sentencia, han supuesto un menoscabo efectivo del derecho de defensa del recurrente, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses. Esto sentado, parece obvio que la existencia o inexistencia de una comparecencia de las partes tras las prueba es, en sí misma considerada, una cuestión de mera legalidad, sobre la que no nos compete pronunciarnos» (FJ 2).

La STC examina detalladamente cada uno de los trámites que, en ejecución de sentencia, se siguieron efectivamente por el órgano judicial, llegando a la conclusión de la inexistencia de la pretendida indefensión. Y en relación al *quantum* de las indemnizaciones liquidadas por la Audiencia Provincial, impugnadas por la recurrente porque no se había descontado de las indemnizaciones el valor de los objetos robados ya recuperados y en poder de la Sala, aunque aún no entregados a sus propietarios, y porque la tasación de objetos acogida por la Sala se había basado sistemáticamente en el valor más alto reconocido a cada perjudicado en los dos informes periciales, lo que consideraba la recurrente arbitrario, la STC señala que la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no aprecia en el caso concreto tal vulneración. Según la STC, la Sentencia de la que traía origen aquel procedimiento de ejecución expresamente excluía de las indemnizaciones debidas el importe de los objetos recuperados o que se recuperaran, y a falta de entrega efectiva de ciertos bienes recuperados, añade la STC, es claro que el fallo de aquella Sentencia no excluía de la liquidación el valor de aquellos bienes, por lo que la fijación definitiva de las indemnizaciones no contenía desviación alguna respecto del fallo. «Por otra parte, bajo el reproche de arbitrariedad e irrazonabilidad en ejecución de Sentencia el Banco recurrente cuestiona la valoración probatoria que de los informes periciales realizó el órgano judicial. En este sentido, hemos declarado reiteradamente que este Tribunal no debe actuar a modo de tercera instancia revisando la valoración de la prueba practicada por los órganos judiciales cuando éstos han cumplido su obligación de razonar debidamente el resultado de dicha valoración (...). En el presente caso, el Auto (impugnado) justifica en extenso la valoración de la prueba pericial practicada. Existiendo aquella valoración motivada, carece de fundamento el reproche de ejecución arbitraria e irrazonable formulado por el Banco demandante en amparo» (FJ 5).

(Sentencia 40/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3956/1996. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): derecho a los recursos

El recurrente en amparo alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su garantía de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, por haberle inadmitido la Audiencia Provincial el recurso de queja que había interpuesto contra un Auto del Juzgado de Instrucción que confirmó el sobreseimiento libre de la causa. Según el recurrente, este último Juzgado no era competente para acordar el sobreseimiento libre de la causa por prescripción del delito, porque al haberse dictado ya el Auto de apertura del juicio oral, era competente el Juzgado de lo Penal, como órgano encargado del enjuiciamiento, al ser la prescripción un artículo de previo pronunciamiento (arts. 666 ss. LECrim).

El TC aclara, en primer lugar, que es improcedente que se pronuncie sobre la corrección procesal del Auto de sobreseimiento libre dictado por el Juez de Instrucción, o sobre cuál de los recursos era el pertinente dadas las peculiaridades del caso. El TC ciñe su análisis a la determinación de si la decisión de inadmitir el recurso de queja podía considerarse lesiva del derecho de acceso a los recursos a la luz de su jurisprudencia, recordando lo dicho en la STC 121/1999: «si bien el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del referido derecho fundamental, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que reciba en cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias (...). De tal suerte que, en tanto el principio hermenéutico *pro actione* despliega su plena operatividad cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en el ámbito del acceso a los recursos —y al margen de la referida singularidad que representa el proceso penal— el control constitucional de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad del recurso ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad (...). Dicho de otra forma, el control de este Tribunal en esta materia se circunscribe a comprobar si la interpretación o aplicación judicial de la legalidad procesal resulta arbitraria, inmotivada, fruto de un error patente con relevancia constitucional o si dicha interpretación es rigorista y evidencia una manifiesta desproporción entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han generado para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» (FJ 3).

En el caso concreto, la STC señala que «la inadmisión del recurso de queja decidida por el Auto impugnado de la Audiencia Provincial adolece de excesivo rigor y desproporción en atención a las consecuencias producidas en el derecho a la tutela judicial efectiva. De entrada, el error en el que, en opinión de la Audiencia Provincial, incurrió el recurrente al interponer el recurso de queja y no el de apelación, no puede serle enteramente atribuido, pues, de un lado, la singularidad del caso avalaba el dilema interpretativo, y, de otro, el recurrente expresó sus dudas sobre el recurso pertinente en el escrito de reforma, sin obtener una respuesta sobre la cuestión del Juzgado de Instrucción al resolver dicho recurso. De manera que el Juzgado de Instrucción incumplió su obligación de indicar los recursos pertinentes como prescribe el artículo 248.4 LOPJ, obligación que ya había incumplido anteriormente al no hacer mención a los recursos procedentes en el Auto de sobreseimiento. De otra parte, las similitudes entre los recursos de queja y apelación en el

procedimiento abreviado sustentan el carácter formal y puramente nominalista de la inadmisión basada en el error al interponer el recurso de queja en lugar del recurso de apelación, lo que no satisface las necesidades de la tutela judicial efectiva (STC 168/1998). También carecía de la razonabilidad exigida por el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, añade la STC, «el hecho evidente de que la Audiencia Provincial no impulsara la subsanación del defecto, existiendo múltiples posibilidades al efecto, como tramitar el recurso de queja como recurso de apelación, remitirlo al Juzgado de Instrucción para su tramitación como recurso de apelación o, por último, conceder a la parte un nuevo plazo para interponer el recurso pertinente. Por consiguiente, si, en definitiva, la proporcionalidad entre la sanción que supone la inadmisión del recurso y el defecto apreciado se determina teniendo en cuenta la posibilidad o imposibilidad de subsanar éste (...), ha de concluirse en la manifiesta desproporción de la decisión de inadmisión impugnada en este recurso de amparo y en la vulneración del derecho fundamental del recurrente a obtener una tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos de caracteres mínimamente razonables» (FJ 4).

(Sentencia 43/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala primera. Recurso de amparo 718/1997. Ponente: Magistrada Dña. M.ª Emilia Casas Baamonde. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): la exigencia de motivación

La principal vulneración alegada por el recurrente y por la que se le concedió el amparo era la del principio acusatorio, por haber impuesto la Sentencia impugnada a la condenada una pena muy superior a la pedida por el Fiscal, sin haber sido informada de la acusación y sin cumplir la exigencia de motivación. Señala la STC que en los fundamentos de la Sentencia impugnada y para casar la que dictó la Audiencia Nacional, «el Tribunal Supremo explica concisa pero expresivamente las razones que le llevan a dar la razón al Fiscal para calificarla como autora y no cómplice, y apreciar que concurre la circunstancia agravante incorporada al tipo, pero nada dice en la segunda Sentencia respecto del incremento de pena, cinco años, importante por sí mismo. Esto no plantea como incógnita previa si tal incremento, en la hipótesis de que fuera viable con arreglo al texto del artículo 902 LECrim, estaba necesitado de una explicación *ad hoc*, y ello nos pone en el terreno de la motivación, cuyo anclaje está directamente en el artículo 120 de la Constitución. Pues bien, como se dice en la STC 43/1997, de 10 de marzo, «es doctrina constante de este Tribunal que la exigencia constitucional de motivación, dirigida en último término a excluir de raíz cualquier posible arbitrariedad, no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos y circunstancias del asunto debatido, sino que se reduce a la expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, su *ratio decidendi* (...). Pero lo que no autoriza la Constitución es, justamente, la imposibilidad de deducir de los términos empleados en la fundamentación qué razones legales llevaron al Tribunal a imponer como pena mínima la que se contiene en el fallo condenatorio» (...). Es más: se subraya a continuación que esa exigencia constitucional de dar una respuesta fundada en

Derecho para justificar la pena concretamente impuesta adquiriría particulares perfiles al hallarse afectado el derecho fundamental de libertad personal y esa falta de justificación de la pena le llevó a otorgar el amparo. En la STC 225/1997, de 15 de diciembre, se ratificó después, implícitamente, dicha doctrina, al desestimar la queja relativa a la falta de motivación de la pena concretamente impuesta, no por carencia de contenido, sino porque había sido subsanada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La obligación de motivar cobra sin duda un especial relieve en supuestos, como el presente, en el que la condena fue superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso. Ciertamente la STC 193/1996, de 26 de noviembre, que reafirma esa exigencia constitucional de justificar la pena concreta, admitió que ésta quedase satisfecha sin necesidad de especificar las razones justificativas de la decisión siempre que, como era el caso, éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión (...). Sin embargo, en el presente caso la simple lectura de la Sentencia pone de manifiesto que la justificación de la concreta pena impuesta, por encima de la pedida por el Fiscal, no se infiere en modo alguno de su texto, pues sus razonamientos atañen, exclusivamente, al cambio de calificación efectuada y a la participación en los hechos inculcados. En consecuencia ha de estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), por falta de motivación de una decisión que atañe a la libertad personal (art. 17 CE)» (FJ 4).

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada ofreció las razones para considerar autora en vez de cómplice a la recurrente y para apreciar la extrema gravedad (arts. 344 bis a), 3.º y 6.º y 344 bis b) CP1973), como lo había interesado el Fiscal. Sin embargo, añade la STC, «la Sala impone en la segunda Sentencia directamente la pena de veinte años, añadiendo cinco a los quince pedidos por la acusación a causa de esa participación y esa circunstancia agravante sin la menor explicación. No se encuentra en aquélla argumento alguno que legitime tan drástica decisión y como consecuencia de tal silencio sobre un aspecto esencial de la pretensión punitiva es claro que carece de motivación. En ningún momento se dice siquiera cuál precepto le haya podido servir de apoyo para ese incremento de la pena ni cuáles fueran las razones que la justificaran. Obrando así es forzoso concluir, por tanto, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva» (FJ 6).

(Sentencia 59/2000, de 2 de marzo. «BOE» núm. 76, de 29 de marzo. Pleno. Recurso de amparo 3905/94. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): vulneración incongruencia omisiva de la resolución judicial

El recurrente en amparo, interno en un Centro Penitenciario, había sido sancionado por acuerdo de la Comisión Disciplinaria de dicho Centro como autor de una falta grave del artículo 109 d) del Reglamento Penitenciario de 1981, contra el que presentó recurso ordinario ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, alegando la falta de respuesta del Centro Penitenciario respecto de la admisión de la prueba solicitada y la falta de práctica de la misma, no habérsele dado ocasión para efectuar alegaciones antes de la reunión de la Comisión Disciplinaria, la caducidad del pro-

cedimiento disciplinario, y haber sido discriminado por razón de nacionalidad. El Juzgado de Vigilancia contestó, en formulario estereotipado, que desestimaba el recurso, con el siguiente fundamento jurídico único: «Acreditándose de las actuaciones obrantes la comisión de los hechos que dieron lugar a la sanción impuesta, correctamente calificada como constitutiva de una falta grave tipificada en el artículo 109 d) del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, es procedente confirmar el acuerdo sancionador impugnado, desestimando en consecuencia el recurso interpuesto». Contra este Auto el recurrente interpuso recurso de reforma, añadiendo a las alegaciones anteriores la incongruencia omisiva, en la que habría incurrido el Juzgado de Vigilancia al no haber contestado a sus alegaciones. El Juzgado de Vigilancia, en un nuevo Auto, desestimó el recurso, sin dar respuesta a ninguna de aquellas cuestiones planteadas por el recurrente. El recurrente centra su recurso de amparo en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por la que efectivamente el TC le concedió el amparo.

La STC recuerda que «la incongruencia omisiva constituye un defecto capaz de generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, si en atención a las circunstancias concurrentes el silencio de la resolución no puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (...); esto es, “que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita” (...). Igualmente debe tenerse en cuenta, en relación con el carácter impreso y estereotipado de las resoluciones judiciales, que, si bien este Tribunal considera desaconsejable su uso, entiende que “no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación” (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, y 39/1997, de 27 de febrero), pues “peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta” (ATC 73/1993, de 1 de marzo), debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida. De forma que lo relevante es que sea posible conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, esto es, la *ratio decidendi*» (FJ 3).

En el caso concreto, la STC señala que «las respuestas ofrecidas en las resoluciones impugnadas se refieren exclusivamente a los hechos y a su calificación jurídica, sin que ni de forma implícita ni explícita se encuentre alusión alguna a las irregularidades presuntamente cometidas en el procedimiento sancionador o a la falta de respuesta de dichas alegaciones en el recurso de alzada. Por consiguiente ha de darse la razón al recurrente en cuanto a que el Juzgado de Vigilancia incurrió en denegación de tutela al no dar respuesta a sus pretensiones, y al no poder deducirse de las resoluciones impugnadas ni si el Juzgado valoró las pretensiones ni, en su caso, cuáles pudieran haber sido los fundamentos de la valoración, supuesto que ésta hubiera existido».

En consecuencia, la STC otorga el amparo, anula los Autos impugnados y retrotrae las actuaciones al momento anterior al de dictarse el primero de ellos, a fin de que dicho Juzgado se pronuncie sobre las cuestiones de las que el recurrente no obtuvo respuesta.

(Sentencia 67/2000, de 13 de marzo. «BOE» núm. 90, de 14 de abril. Sala Primera. Recurso de amparo 1667/97. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): la exigencia de motivación. STC 59/2000

Esta STC se refiere a aspectos constitucionales ya examinados por el TC con ocasión de la STC 59/20000, por incidir ambas Sentencias en un único proceso y contemplar una misma Sentencia, aunque desde la perspectiva individual de cada uno de los muchos condenados en ella. La STC, pues, se limita a «reproducir las distintas respuestas ya dadas a las mismas preguntas en la parte que concierne a cada una de ellas».

(Sentencia 75/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3904/1994. Otorga parcialmente el amparo. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Voto particular)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): la exigencia de motivación. STC 59/2000

Esta STC se refiere a aspectos constitucionales ya examinados por el TC con ocasión de la STC 59/2000, por incidir ambas Sentencias en un único proceso y contemplar una misma Sentencia, aunque desde la perspectiva individual de cada uno de los muchos condenados en ella. La STC, pues, se limita a «reproducir las distintas respuestas ya dadas a las mismas preguntas en la parte que concierne a cada una de ellas».

(Sentencia 76/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3928/1994. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga parcialmente el amparo. Voto particular)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Principio de contradicción en la fase del recurso de apelación. Necesidad de conocimiento de la apelación adhesiva para hacer efectivo el derecho a no padecer indefensión

El recurrente en amparo había sido condenado como autor de dos delitos de uso de documentos mercantiles falsos por el Juzgado de lo Penal. Recurrída en apelación la Sentencia condenatoria tanto por el recurrente como por la acusación particular, el Fiscal se adhirió al recurso de esta última, añadiendo que los hechos debían ser calificados como delito continuado de falsedad. La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso del Fiscal, condenando al recurrente por el mencionado delito. El recurrente alegaba en su recurso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión porque no se le había dado traslado de la apelación adhesiva del Fiscal, de la cual no tuvo conocimiento, no pudiendo contradecirla, no habiéndose celebrado tampoco vista oral, en la cual hubiera podido rebatir la argumentación del apelante adhesivo.

La STC señala que «la aplicación del principio de contradicción en el proceso penal hace posible, como señala la Sentencia 53/1987, el enfrentamiento dialécti-

co entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la otra parte y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, principio de contradicción que, como la misma Sentencia recuerda, ha de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en la fase del recurso de apelación. Pues bien, ha de señalarse que en los casos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial *ad quem* amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas (extremos o cuestiones diversas y aun opuestas a la apelación principal), contenidas en la impugnación adhesiva, de manera tal que el apelante principal haya tenido la posibilidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario» (FJ 3).

La STC concluye que «el demandante de amparo fue condenado en la segunda instancia merced a un recurso de apelación deducido de forma adhesiva por el Ministerio Fiscal y del cual no tuvo conocimiento. De dicha apelación adhesiva debió habersele dado traslado, para hacer efectivo el derecho a no padecer indefensión; o, a falta de dicho traslado, se debió habilitar un trámite que hiciera posible su defensa convocando vista para la decisión del recurso. Al privarse al demandante de toda posibilidad de contrarrestar la acusación que en esta segunda instancia se ejercitaba de forma precisa y concreta por la acusación pública se vulneró su derecho a no padecer indefensión. Ésta fue además material; pues, como queda indicado, no cabe entender que el escrito de apelación de la acusación particular contuviese una pretensión de condena precisa por el delito de falsificación de documento mercantil del artículo 303 CP», como lo había entendido el Ministerio Fiscal.

En consecuencia, la STC estima el recurso, anula la Sentencia de apelación y retrotrae las actuaciones al momento en que debió darse traslado a las demás partes del recurso de apelación interpuesto por vía adhesiva por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia 79/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 1253/1996. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): derecho de acceso al proceso

Los recurrentes en amparo sostenían que las resoluciones del Juzgado de Instrucción les causaron indefensión, porque se impidió a los herederos del querellante, condición invocada por los recurrentes, la continuación, conforme al artículo 276 LECrim, de los recursos de reforma y subsidiario de apelación que aquél había interpuesto contra el Auto de archivo de unas diligencias seguidas como consecuencia de una querrela por delitos de estafa y doble venta, y porque no se dio respuesta a sus peticiones de ser tenidos por partes, como perjudicados, en concepto de herederos del cotitular del contrato que sirvió de base para la formulación de la querrela.

La STC reconoce que las resoluciones del Juzgado de Instrucción afectaron negativamente el derecho de acceso al proceso de los recurrentes en amparo, salvo uno de ellos, respecto al cual la STC llega a la conclusión de su falta de legitimación,

inadmitiendo su recurso. «Tal derecho, de acuerdo con nuestra consolidada doctrina, constituye el primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, sobre él se proyecta con toda intensidad el principio *pro actione*, exigiendo un control riguroso de la decisión judicial que impide conocer de la pretensión suscitada por la parte. Y si bien es cierto que, en la medida en que dicho derecho se ejercita conforme a la configuración prevista por el legislador, los órganos judiciales pueden apreciar una causa impeditiva del pronunciamiento sobre el fondo, no lo es menos que la apreciación de dicha causa debe hacerse, desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso para con el derecho fundamental, rechazando aquellas decisiones que por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la parte, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión, pretensión para la que el acceso al procedimiento quedara definitivamente impedido».

Señala la STC que respecto a la personación del heredero o herederos del querellante hay que partir del artículo 276 LECrim, a cuyo tenor «se tendrá también por abandonada la querella cuando por muerte o por haberse incapacitado el querellante para continuar la acción, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los treinta días siguientes a la citación que al efecto se les hará dándoles conocimiento de la querella». Pues bien, añade la STC, el Juzgado de Instrucción, acreditada la defunción del querellante, dictó una primera providencia con fecha 11 de octubre de 1996 concediendo a la Procuradora de aquél tres días de plazo para que se personara en nombre de los herederos. Personada la Procuradora en nombre del sobrino del querellante, adjuntando copia no testimoniada del certificado de últimas voluntades y del testamento del cotitular del contrato en que se había fundamentado la querella, una segunda providencia de 6-11-1996 denegó la personación en las actuaciones por no acreditar su condición de heredero del querellante, concediendo un nuevo plazo de tres días para subsanar el defecto, transcurridos los cuales el Auto de sobreseimiento devendría firme. «Teniendo en cuenta que el Juzgado conocía ya entonces la circunstancia de que el querellante no había otorgado testamento, y la consecuente necesidad de incoar un expediente judicial de declaración de herederos, como así hizo el demandante ante el Juzgado núm. 8 de A Coruña, la concesión de un nuevo plazo de tres días para la acreditación de los herederos, cuando el artículo 276 LECrim permite la comparecencia de aquéllos “dentro de los treinta días siguientes a la citación” resulta claramente arbitraria y menoscaba su derecho al proceso, ya que de este modo se impidió la posibilidad de proseguir la acción del querellante fallecido, dirigida precisamente a evitar el sobreseimiento de las actuaciones. La citada providencia de 6 de noviembre de 1996 efectúa, por tanto, una interpretación y aplicación de la legalidad (en este caso del art. 276 LECrim) claramente limitativa del derecho de acceso a la jurisdicción. La denegación de la personación de en las actuaciones constituye un rechazo de la acción basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio que comporta una vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE (...). La vulneración persistió posteriormente con el rechazo, por parte del Juzgado núm. 3, del recurso de reforma que se interpuso contra la providencia de 6 de noviembre de 1996, en el cual se pidió que aquél interesara testimonio de la solicitud de declaración de herederos al Juzgado núm. 8 y, subsidiariamente, se suspendiera la causa hasta la resolución del mencionado expediente. En una interpretación de los re-

quisitos del artículo 276 LECrim guiada por el principio *pro actione*, el Juzgado debería haber esperado a la finalización del expediente de declaración de herederos para, una vez conocidos éstos, citarlos, darles conocimiento de la querella y abrir un nuevo período para que comparecieran» (FJ 3).

En cuanto a la otra recurrente, la STC señala que ninguna respuesta se dio por el Juzgado a las peticiones formuladas por la misma. «Ciertamente la providencia de 13 de noviembre de 1996 había negado la consideración de parte a por no probar su interés en la causa. Tal resolución recayó tras una comparecencia de ésta en dicha fecha, en la que manifestaba su deseo de comparecer en las actuaciones con Letrado y Procurador, mas sin invocar en que condición ni acompañar documento alguno acreditativo de su interés. Sin embargo, posteriormente, concretamente en el escrito de recurso de reforma presentado por la Procuradora, en representación de (refiriéndose al poder *apud acta* obrante en las actuaciones), se solicitó se tuviera a ambos por personados, alegando expresamente su condición de herederos de, acompañando el testamento y certificado de últimas voluntades de éste e invocando el artículo 110 LECrim. Es a esta pretensión de personación a la que no se dio ninguna contestación. La omisión de respuesta judicial a que acaba de hacerse referencia constituye, sin duda, una denegación de tutela judicial, con la consiguiente vulneración del artículo 24.1 CE, ya que impidió de plano –y, por supuesto, sin motivación alguna– el acceso al proceso de quienes lo habían postulado» (FJ 3).

Por último, la STC, después de concluir que también el Auto impugnado de la Audiencia Provincial, resolutorio del recurso de queja formulado contra resolución del Juzgado de Instrucción, vulneró el derecho de acceso al proceso de los recurrentes, anula, de acuerdo con el artículo 55.1 a) LOTC, las resoluciones vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva, retrotrayendo las actuaciones a fin de que el Juzgado de Instrucción adopte «una nueva resolución que no impida la continuación de la acción penal a aquellos que se encuentran legitimados para ello, de acuerdo con el artículo 276 LECrim, y asimismo debe dar respuesta a la pretensión autónoma de personación en las actuaciones formuladas por, invocando su condición de perjudicados como herederos de, cotitular, con el querellante fallecido, del contrato a que se refiere la querella con la que se inició la causa penal. Todo ello, en definitiva, porque corresponde a la jurisdicción ordinaria resolver sobre la personación en la causa de quienes se consideren legitimados a tal fin, como perjudicados, sea por su condición de herederos del querellante fallecido, sea por otra causa legítima invocada a tal fin» (FJ 5).

(Sentencia 84/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Primera. Recurso de amparo 1940/1997. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Otorga el amparo)

La garantía de los derechos fundamentales en el procedimiento de extradición. Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

El recurrente dirigía su recurso de amparo contra varias resoluciones de la Audiencia Nacional, que habían declarado procedente su extradición a la República italiana, por considerar que la cualidad de nacional español del reclamado no debía, por sí sola, ser obstáculo a la extradición, y que la respuesta dada por las autoridades

des italianas al requerimiento de una posible reciprocidad, en el sentido de que no podían garantizar *a priori* la entrega de un italiano a las autoridades españolas, no equivalía a una auténtica negativa. El recurrente alegaba que el enjuiciamiento de los hechos motivo de la extradición correspondía a los Tribunales españoles, y que, por tanto, las resoluciones impugnadas vulneraban el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. También alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Con carácter previo al análisis de las vulneraciones constitucionales alegadas por el recurrente, todas ellas rechazadas, la STC recuerda que «la extradición en sí misma, es una medida que entra dentro del ámbito competencial de la jurisdicción ordinaria, cuya regularidad desde esta sola perspectiva no corresponde valorar en esta sede constitucional, así como que este Tribunal sólo tiene atribuida competencia para analizar las posibles vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por las resoluciones judiciales españolas (...), aunque «hemos admitido que la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas (...). Este reconocimiento se sustenta en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el caso *Soering* (de 7 de julio de 1989, pfos. 85 ss.), admitió, si bien en el contexto de otros derechos fundamentales, la relevancia respecto de los procedimientos de extradición de las quejas sobre lesiones de derechos fundamentales o el temor racional y fundado de que se produzcan en el proceso penal del país que solicita la extradición. Esta doctrina ha sido reiterada en el ATC 23/1997 y en las SSTC 141/1998, de 29 de junio, y 147/1999, de 4 de agosto, de manera que este Tribunal ha declarado que dichas lesiones o el riesgo de que se produzcan podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizaran la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del (...) extraditado (STC 141/1998). Nuestros órganos judiciales, en suma, como integrantes del poder público, se encuentran en principio vinculados a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), con independencia del modo y del alcance de su actuación, sin que puedan tampoco soslayar la fuerza vinculante de tales derechos en tanto que bases objetivas de nuestro ordenamiento. Por consiguiente, también los órganos judiciales encargados del control de la legalidad del procedimiento de extradición han de regir su actuación por los derechos fundamentales, con independencia de la singularidad de dicho procedimiento» (FJ 3).

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la Audiencia Nacional, por haber accedido a la extradición solicitada, sin que el Estado requirente pueda garantizar el principio de reciprocidad en casos análogos,

dice la STC que aunque «la normativa atinente al instituto de la extradición se incluye en el artículo 13 (CE) y queda, por ello, fuera de su ámbito objetivo», «ello no significa, ciertamente, que este Tribunal no pueda revisar, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, las resoluciones emitidas por la Audiencia Nacional en materia de extradición, en particular desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la decisión (art. 24.1 CE). En consecuencia, el análisis de esta pretensión ha de consistir en el examen de las resoluciones de la Audiencia Nacional desde la perspectiva del contenido que este Tribunal ha otorgado al derecho invocado. Como hemos señalado en la STC 147/1999, de 4 de agosto (FJ 3), “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (...), ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (...). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (...). Y, por último, y no menos relevante, si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (...)”. Por consiguiente, como ya hemos advertido, también en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado» (FJ 6).

En el caso concreto, el Ministerio de Justicia de la República de Italia había contestado a las autoridades judiciales españolas que «teniendo en cuenta el artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13-12-1957, el artículo 26 de la Constitución italiana, así como las recientes interpretaciones del Tribunal Constitucional italiano en materia de extradición, este Ministerio no tiene competencia para asegurar un resultado positivo a las demandas relativas a la extradición de los ciudadanos italianos fundada en el Convenio Europeo de Extradición, incluso en presencia de las condiciones ulteriores previstas por el mismo Convenio». Según la STC esta contestación pone de relieve una natural y elemental cautela, que no infringe el concepto de reciprocidad, concluyendo que las resoluciones impugnadas no carecen de motivación y no son manifiestamente irrazonables.

(Sentencia 87/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Primera. Recurso de amparo 3997/1998. Ponente: Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): la exigencia de motivación (en una decisión que atañe a la libertad personal). STC 59/2000

Esta STC se refiere, básicamente, a aspectos constitucionales ya examinados por el TC con ocasión de la STC 59/2000, por incidir en un único proceso y contemplar una misma Sentencia, aunque desde la perspectiva individual de cada uno de los muchos condenados en ella. La STC, pues, se limita a «reproducir las

distintas respuestas ya dadas a la mismas preguntas en la parte que concierne a cada una de ellas».

(Sentencia 92/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3775/94. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: adhesión a la apelación; necesidad constitucional de que las partes tengan la oportunidad de defenderse con posibilidad de poder rebatir los argumentos de los adherentes

Dice la STC, con relación al recurso adhesivo, que «es doctrina reiterada de este Tribunal la de que, si bien la configuración del contenido y alcance del mismo es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria que incumbe a los Jueces y Tribunales, la regularidad de la adhesión a la apelación está condicionada a que hubiera existido posibilidad de debatir y contradecir tales pretensiones, de modo que las partes tengan la oportunidad de defenderse con posibilidad de poder rebatir los argumentos de los adherentes (...). En este sentido, como recuerda la Sentencia 56/1999, no es óbice para ello la circunstancia de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y concretamente su artículo 795.4, no prevea que se dé traslado del escrito de adhesión del recurso, pues la necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el principio de defensa en el proceso según lo dispuesto en el artículo 24.1 CE» (FJ 4).

En el caso concreto, la STC comprueba «que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). A los recurrentes de amparo no se les dio traslado de la apelación adhesiva formulada por el Ministerio Fiscal, con lo que no tuvieron oportunidad de contradecir ni oponerse al recurso. Y aunque el escrito de adhesión en principio no contenía pretensiones autónomas de las formuladas en la apelación principal, los recurrentes se vieron imposibilitados de alegar sobre una cuestión que luego resultó capital para la resolución del recurso, cual es la relativa a la procedencia o improcedencia de la adhesión al recurso formulado por la acusación particular, a la cual le había sido negada la legitimación para actuar en el proceso, tanto en la Sentencia de instancia como luego en la de apelación» (FJ 6).

La STC aprecia indefensión respecto a dos de los recurrentes condenados en segunda instancia «como consecuencia exclusivamente de la estimación del recurso adhesivo del Fiscal, sin haber tenido posibilidad de oponerse al mismo y de plantear ante la Audiencia Provincial las objeciones que ahora formulan en sede constitucional sobre la improcedencia de la apelación adhesiva al recurso principal al haber sido éste planteado, según alegan, por una parte no legitimada para ello (...).» (FJ 6). En cambio, no aprecia indefensión respecto de otro de los recurrentes, porque su condena estaba claramente desligada de la tramitación del recurso adhesivo del Fiscal.

(Sentencia 93/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Primera. Recurso de amparo 1316/96 y 1427/96, acumulados. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): error patente, no subsanado por el órgano jurisdiccional, vulnerador de la tutela judicial efectiva

Los recurrentes reprochaban a la Sentencia de instancia, entre otras vulneraciones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en un error sobre la identificación de unos de los bienes inmuebles que los recurrentes aportaron a una entidad; error que habían admitido todas las partes, incluso el propio Juzgado de lo Penal, aunque ya en fase de ejecución, no habiéndose procedido a su subsanación. La STC sí aprecia esta vulneración constitucional. Dice la STC que «el derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios jurídicos razonables, de modo que un error notorio del órgano judicial, que sea determinante de tal respuesta y que produzca consecuencias perjudiciales para el justiciable, constituye una infracción del artículo 24.1 CE. Como indica la STC 25/2000, de 31 de enero, en tal hipótesis, la decisión judicial no puede ser calificada ya como razonable y fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia. Por otro lado, el artículo 9.3 CE determina que los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos están garantizados por la Constitución. Trasladados tales principios a este ámbito de cuestiones implican que el defecto o vicio debe ser atribuido a quien lo comete, y es por ello por lo que diversas resoluciones han señalado que los errores de los órganos judiciales, cuando no son imputables a la negligencia de la parte, no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (...). También hemos declarado que al no existir una vía judicial prevista al efecto (art. 53.2 CE), los errores patentes han de ser corregidos a través de la vía de amparo (...). Para que el error llegue a determinar la vulneración de la tutela judicial efectiva, es preciso que cumpla varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo (...). Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existiría en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1 LOTC. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia (...). Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano (...). Las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen pues de alcance constitucional» (FJ 5).

(Sentencia 96/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3521/96. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): incongruencia mixta o por error

La recurrente en amparo invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación y por incongruencia omisiva, que imputaba a la Sentencia dictada en apelación, confirmatoria de la dictada en juicio de faltas por imprudencia en materia de tráfico, que había declarado la responsabilidad civil directa de la recurrente, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA), condenándola al pago de las indemnizaciones por lesiones. La recurrente había alegado en su recurso de apelación la improcedencia de su condena, expresando la función que le correspondía como Comisión Liquidadora, conforme a la normativa reguladora de su estatuto legal, no habiendo respondido a tal cuestión la Sentencia de apelación impugnada.

Según la STC, «la Sentencia dictada en grado de apelación, ahora impugnada, no sólo omite toda argumentación acerca de las razones por las que la CLEA pudiera ser condenada como responsable civil directa, sino que la desestimación del recurso se fundamenta únicamente en la ratificación de la valoración de la prueba efectuada por el Juez de instancia y en la conformidad a Derecho de la calificación de los hechos realizada en la Sentencia recurrida, siendo así que ninguna de estas cuestiones había sido planteada por la CLEA en su recurso de apelación. A la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, no cabe interpretar razonablemente la falta de respuesta expresa como una desestimación tácita, hipótesis que satisfaría las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (...), toda vez que quedó sin respuesta el único motivo aducido en el recurso de apelación. Tampoco cabe subsanar la deficiencia advertida mediante una integración de la motivación de la resolución judicial impugnada en el presente proceso constitucional con la dictada en instancia, pues este Tribunal ha indicado reiteradamente que para que ello sea posible se erige en requisito implícito el de que “ante el órgano judicial que dicta la Sentencia de remisión no se haya planteado cuestión sustancial alguna que no hubiera sido ya resuelta por la Sentencia remitida” (...). A este respecto, cumple significar que nada hay en la parte expositiva de la Sentencia dictada por el Juzgado que se refiera expresamente a la razón por la que se condene como responsable civil directa a la CLEA en lugar de la Sociedad Andaluza de Seguros, por entonces en proceso de liquidación, que era la entidad que cubría el seguro de responsabilidad civil respecto del vehículo conducido por quien fue declarado autor responsable del accidente» (FJ 4).

En el caso concreto, dice la STC que la decisión judicial impugnada había vulnerado el derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva, al no haber resuelto el motivo concretamente esgrimido por la misma, habiendo sólo razonado sobre cuestiones absolutamente ajenas al debate procesal planteado. «Hemos venido denominando tal supuesto como incongruencia mixta o por error (...), que representa, como ya hemos avanzado, una denegación de la tutela judicial efectiva de quien se ve perjudicado por este erróneo proceder. La estimación del amparo debe conllevar la anulación de la Sentencia la consiguiente retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse dicha resolución, a fin de que por el indicado órgano judicial se dicte otra en la que se pronuncie expresamente acerca del único motivo sobre el que la entidad recurrente fundó su pretensión anulatoria de la Sentencia de instancia» (FJ 5).

(Sentencia 100/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Primera. Recurso de amparo 1238/97. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Otorga el amparo)

Problema de la conformidad con la CE de las decisiones judiciales que estiman procedente la extradición a terceros países, signatarios del Convenio Europeo de Extradición, de personas que ostentan la nacionalidad española. Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). (STC 87/2000)

El recurrente en amparo, cuya extradición había sido solicitada por las autoridades judiciales de Palermo para ser enjuiciado por delitos contra la salud pública, había alegado en la Audiencia Nacional su condición de español para oponerse a la extradición, siendo rechazada tal argumentación por aquel órgano judicial, por entender que la condición de español no es, en el ámbito del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ratificado por España en 1982), un obstáculo para la entrega del requerido, pues el artículo 6 de dicho Tratado contiene simplemente una cláusula potestativa de entrega que puede ser sometida a reserva por los respectivos Estados signatarios, y que, en el caso de España, no ha sido hecha efectiva. Según la resolución judicial impugnada por el recurrente, el Convenio debe prevalecer frente a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Extradición Pasiva (LEP), que no permite la extradición de los nacionales, debiéndose estimar cumplida la exigencia de reciprocidad solicitada de las autoridades italianas con la respuesta facilitada por éstas.

La STC rechaza la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que el recurrente basaba en el hecho de que el artículo 3.1 LEP contiene, a su juicio, una prohibición absoluta de extraditar a los españoles. La STC entiende que la argumentación de la Audiencia Nacional no es arbitraria, porque «en primer lugar, ha considerado que el principio de no extradición de nacionales no tiene rango constitucional y que el artículo 13.3 CE, al mencionar las fuentes de la extradición, cita en primer lugar a los Tratados. De otro lado, la propia jurisprudencia de este Tribunal (...) estableció que “la Ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los Tratados internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia, Con independencia incluso de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, según el cual los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, la citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter supletorio”. En este contexto la cuestión analizada, es decir, la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado y de las previsiones que en éste se contengan respecto de la cuestión. Así sería posible sostener, como hemos hecho en la STC 87/2000, que, en ausencia de Tratado, la prohibición de extraditar nacionales contenida en la LEP cobraría su fuerza vinculante y, en consecuencia, su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, dado el taxativo tenor literal de su artículo 3.1, pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que, a pesar del mismo, accediera a la extradición de un na-

cional» (FJ 8). «Por el contrario, ante solicitudes de extradición cubiertas normativamente por el Convenio Europeo de Extradición, que faculta a los Estados para la entrega de los nacionales, no puede entenderse, en principio, que sea arbitraria la entrega en el caso concreto, pues, de un lado, como acabamos de afirmar, la existencia del Tratado constituye al menos un indicio de la presencia de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal que ha de estimarse necesaria a efectos de desmenujar posibles recelos ante la hipotética desigualdad que pudiera producirse a un nacional como consecuencia de su enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado. Y, de otro, no se puede olvidar que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma, e Italia lo es, no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantías y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio. En este marco ha de insertarse la afirmación del Auto del Pleno de la Audiencia Nacional (FJ 3) de que la “la legislación de Italia garantiza un juicio con todas las garantías en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, pues con ella se está efectuando una remisión implícita al *status* mínimo común en materia de derechos fundamentales, y, en todo caso, a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, en último término también, el garante de los derechos fundamentales de los españoles. A la vista de lo anterior no puede decirse que las resoluciones judiciales impugnadas carezcan de motivación, o que ésta sea irracional, arbitraria o errónea, sino que han de considerarse producto de una de las interpretaciones posibles de normas infraconstitucionales que no se oponen al derecho a la tutela judicial del reclamado» (FJ 8).

En cuanto a la vulneración del mismo derecho a la tutela judicial efectiva por haber accedido la Audiencia Nacional a la extradición solicitada sin que el Estado requirente garantizara el principio de reciprocidad en casos análogos, la STC, luego de referirse a la respuesta que las autoridades italianas habían dado a la Audiencia Nacional y que sirvió a ésta para entender como cumplido el requisito de la reciprocidad, concluye que las resoluciones de la Audiencia Nacional contenían los elementos de juicio suficientes para avalar la respuesta a la concreta cuestión de la presunta vulneración del principio de reciprocidad, no pudiéndose entender que se tratara de resoluciones manifiestamente irrazonables o irrazonadas, o fruto de un error, sino de resoluciones perfectamente motivadas.

(Sentencia 102/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 4077/98. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): la motivación en los supuestos de denegación de permiso de salida a un recluso; necesidad de su conexión con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento

El recurrente en amparo, interno en un Centro Penitenciario, dirigía su recurso contra resoluciones que habían denegado un permiso de salida, alegando la vul-

neración del derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que la respuesta recibida de los órganos judiciales fue «una respuesta impersonal, estereotipada, que no analiza los requisitos específicos requeridos para la concesión de tales permisos y que añade, de modo erróneo y arbitrario, un requisito contrario a las previsiones de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario de 1981, aplicable en el caso. Aduce el recurrente que la necesidad de tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena, como argumenta la Audiencia Provincial de Vitoria en la resolución que combate, cuando el Reglamento Penitenciario de 1981 sólo exige para la concesión de los permisos haber cumplido la cuarta parte de la condena, es una interpretación arbitraria y ajena a la finalidad de los permisos penitenciarios».

La STC reitera que el derecho a recibir una resolución «fundada en Derecho» respecto de la pretensión ejercitada, es una garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos, por lo que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación. Y en los supuestos de denegación de permisos de salida penitenciarios, lo relevante desde la perspectiva de la resolución fundada «es determinar si la motivación de las resoluciones impugnadas denegando la concesión de permisos de salida, es reconducible a los supuestos constitucionalmente lícitos, y si de tales resoluciones objeto de análisis puede extraerse la conclusión de que se ha producido la denegación del permiso de salida con arreglo a dichos supuestos. Desde este planteamiento (...), la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad: la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) al contribuir a lo que hemos denominado la «corrección y readaptación del penado» (...) y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aun cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos que, como expresamente hemos dicho (...), pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado. No obstante, hemos llamado también la atención sobre las cautelas que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, declarando que es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que éstos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados» (FJ 3).

Recuerda la STC que «la ausencia de automatismos en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica General Penitenciaria

1/1979, de 26 de septiembre, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, modificado por el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, aplicables en el presente caso. En sus artículos 47.2 y 254, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Estos permisos se pueden dispensar, previo informe de los equipos técnicos, a los penados que, estando clasificados en segundo o tercer grado, reúnan dos requisitos objetivos: haber extinguido la cuarta parte de la totalidad de la condena y no observar mala conducta. En desarrollo de dicha previsión legal, el artículo 254.2 del Reglamento Penitenciario añade que, no obstante reunir los dos requisitos antes mencionados, la propuesta de los equipos técnicos o el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración serán negativos si, por informaciones o datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares, consideran que es probable que el penado quebrante la condena, o que cometa nuevos delitos o, simplemente, que el permiso pueda repercutir negativamente en la finalidad principal del disfrute que es la preparación de la vida en libertad del interno. Por ello, hemos exigido que en la concesión o denegación de los permisos de salida se explicite la presencia de tales circunstancias o requisitos, tanto en sentido positivo como negativo, exponiendo así las razones conectadas con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento» (FJ 4).

En el caso concreto, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria impugnado había desestimado la queja formulada por el recurrente contra el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario en donde se hallaba interno, «tras recabar informes sociales, psicológicos y de conducta del recurrente, a la vista del informe negativo del Centro Penitenciario, razonando que si bien cumple los requisitos de haber cumplido una cuarta parte de la condena y estar clasificado en segundo grado, como establece el artículo 254.2 del Reglamento Penitenciario, “no concurren las demás circunstancias que dicho precepto exige para la concesión del permiso de salida solicitado, toda vez que la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (...) podría favorecer el quebrantamiento, por lo que ante el informe negativo de la Junta de Régimen y la oposición del Ministerio Fiscal, no procede estimarse la queja del interno”. En los informes emitidos por el Centro Penitenciario a petición de la Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el educador y el psicólogo se resaltó que a la vuelta a prisión del demandante, después de disfrutar un permiso anterior, dio positivo al consumo de *cannabis* y opiáceos, y a sus antecedentes de consumo de drogas. Consta, asimismo, que el informe de la Junta de Tratamiento fue contrario a la concesión del permiso por unanimidad, con base en la lejanía de las tres cuartas partes para el cumplimiento de la condena». La STC dice que «no le corresponde a este Tribunal, en sede de recurso de amparo, determinar cuál sea la interpretación más plausible de los condicionantes legales y reglamentarios de los permisos de salida, ni, por tanto, si el criterio de denegación expuesto en las resoluciones impugnadas resulta o no el más indicado para una correcta política de permisos. Y también hemos afirmado que, dado que el disfrute de dichos permisos no es un derecho incondicionado del interno, sino que en su concesión interviene la ponderación de otra serie de circunstancias objetivas y subjetivas para impedir que la finalidad de la medida se frustre, lo esencial es comprobar que las razones empleadas para fundamentar el rechazo de la pretensión del recurrente no se encuentran desco-

nectadas con los fines de la institución, es decir, con la preparación del interno para la vida en libertad» (FJ 5).

La STC concluye señalando que «las resoluciones impugnadas, además de haber considerado los informes específicamente recabados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que arrojaron como resultado episodios de consumo de estupefacientes en un anterior permiso, no han subordinado la decisión al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, introduciendo así un requisito no previsto legalmente; por el contrario razonan que la función de preparación de la vida en libertad está relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, argumentación que hemos declarado expresamente compatible con los fines de la institución (...), que no excluye ni impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior, y que es apreciada por los Tribunales ordinarios desde unas condiciones de inmediatez para la valoración de las circunstancias concretas del caso de las que no goza este Tribunal (...), todo lo cual nos lleva a la desestimación del presente recurso de amparo» (FJ 5).

(Sentencia 109/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 322/1996. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): necesidad de la contradicción

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra una Sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la Sentencia absolutoria recaída en la instancia, lo había condenado como autor de una falta de lesiones, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, porque el órgano *a quo* no había remitido a la Audiencia su escrito de impugnación del recurso de apelación presentado por la denunciante, produciéndole una clara indefensión al sustanciarse el recurso sin su intervención. El TC le da la razón.

Dice la STC que «el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE incorpora como contenido esencial la exigencia de que no se produzca indefensión, lo cual significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses (...). Un órgano judicial que impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, incurre en una vulneración del principio de contradicción (...) y, por ende, en denegación de tutela judicial sin indefensión. No es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción (...). Y en esta misma línea hemos sostenido que la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (...)» (FJ 2).

La STC llega a la conclusión de que en el caso concreto efectivamente se produjo la denunciada vulneración constitucional, porque el hecho de que el escrito de

impugnación no fuera unido a la causa en su debido momento y, por tanto, remitido a la Audiencia Provincial antes de resolver ésta el recurso de apelación, no se podía achacar a la pasividad o negligencia de la parte, sino a una actuación imputable al órgano judicial *a quo* que extravió el documento en su oficina judicial. En consecuencia, la STC estima el amparo y retrotrae las actuaciones al momento en que se produjo aquella omisión.

(Sentencia 114/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 441/97. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): motivación en la prueba de indicios

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra Sentencias del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial, alegando la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. El Juzgado de lo Penal lo había absuelto del delito de incendio por imprudencia grave por el que estaba acusado, entendiendo que el incendio en finca propia que por imprudencia provocaron las dos hogueras, ni se hizo con propósito defraudatorio, ni con ánimo de perjudicar a tercero y que, en consecuencia, los hechos no estaban tipificados en ninguno de los artículos del nuevo Código Penal. Por su parte, la Audiencia Provincial revocó la anterior Sentencia absolutoria, condenando al recurrente como autor de un delito de incendio del artículo 358, en relación con el artículo 352 del nuevo Código Penal, aunque aceptando los hechos probados y utilizando, por consiguiente, la prueba indiciaria de la misma forma en que lo había hecho el Juzgado, es decir, sin explicar la inferencia lógica. Según el recurrente, la vulneración de los citados derechos fundamentales se habría producido porque ni uno ni otro órgano jurisdiccional habían declarado cuáles eran los indicios en que se sustentaban los hechos probados. El TC le da la razón y le concede el amparo.

La STC aclara que aunque el recurrente dirigía su recurso contra las dos Sentencias, sólo la dictada en segunda instancia podía ser merecedora de los mencionados reproches constitucionales, por cuanto que siendo absolutoria la recaída en primera instancia, «las deficiencias en la articulación de la prueba indiciaria no tuvo para él consecuencias perjudiciales».

La STC recuerda que «la prueba de indicios exige dos elementos: a) que los hechos básicos estén completamente acreditados; b) que entre tales hechos básicos y aquél que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. La prueba indiciaria se caracteriza por el mayor subjetivismo que preside su valoración por el juzgador y, en consecuencia, se ha de ser especialmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente. Según tenemos afirmado en nuestra jurisprudencia, “el artículo 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito (art. 25.1 de la Constitución) no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia y, de otra, que ello es también

una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsumción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinarse si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios” (STC 175/1985...). En suma, “de lo que se trata es de asegurar la garantía formal de que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la Sentencia, pues sólo de ese modo es posible verificar si el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia –lo único que compete al Tribunal Constitucional–” (STC 174/1985, de 17 de diciembre). No se trata, por tanto, de que el juzgador tenga que detallar en la Sentencia los diversos momentos de su razonamiento (STC 174/1985). Tampoco nuestro análisis sobre la suficiencia de la motivación ha de recaer sobre su extensión, cuantificación de argumentos o calidad literaria (ATC 30/1988, de 28 de enero), puesto que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar, ni es misión de este Tribunal revisar la estructura de las resoluciones judiciales. Pero hemos de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 220/1998, de 16 de noviembre). O, en otras palabras, nuestro juicio ha de versar acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria y, en concreto, con la suficiente solidez del engarce entre el resultado alcanzado con la actividad probatoria y el relato de hechos probados» (FJ 3).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que aunque existía una serie de indicios, reflejados en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, aceptados y dados por reproducidos en la Sentencia de la Audiencia, esta última, que condenó al recurrente, no contenía el necesario razonamiento lógico que debía conducir, a partir de aquellos indicios, a la conclusión de que aquél había realizado la conducta tipificada como delito.

(Sentencia 117/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 4694/97. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): significado y alcance del vicio de incongruencia omisiva

El recurso de amparo que resuelve esta STC se dirigía contra las resoluciones judiciales que habían acordado el sobreseimiento libre de la denuncia penal, motivada por la negativa de un Ayuntamiento a reincorporar a su puesto de trabajo al Secretario titular del mismo, recurrente en amparo. Según éste, se le habrían vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva y a no padecer dilaciones indebidas

(art. 24.1 y 2 CE). Concretamente, el recurrente imputaba a los órganos judiciales haber incurrido en incongruencia omisiva, que se habría producido al no contestar a su pretensión de apertura del juicio oral por los delitos de coacciones y prevaricación, pues, en su opinión, las resoluciones sólo razonaban sobre el delito de desobediencia.

En cuanto al vicio de incongruencia omisiva, dice la STC que «es preciso comprobar, en primer lugar, si en el momento procesal oportuno fue realmente suscitado algún elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el órgano judicial fuese trascendente para el fallo y no tuviese respuesta en la resolución; y, fundamentalmente, si la ausencia de contestación por parte del órgano judicial ha generado indefensión o ha dejado sin resolver las pretensiones cruzadas entre las partes (...). Dicho con palabras de la STC 53/1999: “la llamada incongruencia omisiva sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (...). Denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, nunca verificando la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundar su fallo”» (FJ 2).

La STC concluye que en el caso concreto la alegada vulneración carecía de fundamento, porque los Autos impugnados se habían pronunciado sobre la pretensión del recurrente, denegando la apertura del juicio oral por los hechos imputados. «Los órganos judiciales razonaron ese juicio en términos más o menos amplios y más o menos convincentes, pero, al no carecer de razonabilidad y responder a las pretensiones deducidas por el demandante, no han negado la tutela judicial prescrita por el artículo 24.1 CE, pues dicho precepto no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se formulen, de manera que, si el ajuste es sustancial y se resuelven las pretensiones, no existe denegación de justicia» (FJ 3).

En cuanto a la pretendida lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la STC entiende que el recurrente incumplió el requisito de invocación de la vulneración del derecho en la vía judicial previa [art. 44.1 c) LOTC], no habiéndose dirigido en ninguna ocasión a los órganos judiciales denunciando la paralización del proceso, o instando su reanudación, por lo que la STC concluye que el recurrente «no desplegó la actividad de diligente colaboración y denuncia de posibles dilaciones que nuestra jurisprudencia exige para poder apreciarla».

(Sentencia 118/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 4205/98. Deniega el amparo. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): la exigencia de motivación (en una decisión que atañe a la libertad personal). STC 59/2000

Esta STC se refiere, básicamente, a aspectos constitucionales ya examinados por el TC con ocasión de la STC 59/2000, por incidir ambas Sentencias en un único proceso y contemplar una misma Sentencia, aunque desde la perspectiva in-

dividual de cada uno de los muchos condenados en ella. La STC, pues, se limita a «reproducir las distintas respuestas ya dadas a las mismas preguntas en la parte que concierne a cada una de ellas, como ya lo hicieran otras tres posteriores de Sala, las SSTC 75/2000 y 76/2000, ambas de 27 de marzo, y 92/2000, de 10 de abril».

(Sentencia 122/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 3822/94. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga parcialmente el amparo)

Derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24 CE)

En cuanto a la pretendida infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del artículo 24 CE, dice la STC que «los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que, en ningún caso, pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (...). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que aunque el artículo 6 de la Convención no lo menciona expresamente, el derecho a guardar silencio y –uno de sus componentes– el derecho a no contribuir a su propia incriminación son normas internacionales generalmente aceptadas que forman parte del núcleo de la noción proceso justo consagrado en dicho artículo. Su razón de ser reside claramente en la protección del acusado frente a una coerción abusiva de las autoridades, lo que evita los errores judiciales y permite alcanzar los fines del artículo 6 (...). En particular, el derecho a no contribuir a su propia incriminación presupone que, en asuntos penales, la acusación intente buscar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo constricción o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado. En este sentido, este derecho está estrechamente ligado con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 6.2 de la Convención» (FJ 4).

En el caso concreto, la STC señala que sí se le informó al detenido de sus derechos, ciñendo su análisis a la forma en que el Juez de Instrucción había informado de sus derechos al recurrente, pues el Juez había informado al recurrente del derecho a guardar silencio, pero no hizo lo mismo respecto del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Dice al respecto la STC, que «como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter absoluto o no del derecho a guardar silencio, a los efectos del examen de la concurrencia de la lesión de este derecho habrá de tomarse en consideración el conjunto de circunstancias del caso y el grado de coerción inherente a la situación. A estos efectos, ha de tenerse en

cuenta, en primer término, que la queja reviste un carácter predominantemente formal, en la medida en que nada se alega por el recurrente de que realizara la citada declaración de forma no voluntaria y sometido a algún tipo de compulsión. En segundo lugar, tampoco puede inferirse de los hechos la existencia de ningún tipo de constricción o compulsión para que el detenido efectuara su declaración, dada la presencia en las declaraciones del Juez, del Secretario judicial –garante de la fe pública– y del Letrado, a quien expresamente se le preguntó si entendía que el detenido había sido suficientemente informado de sus derechos, contestando afirmativamente y no formulando en ningún momento protesta sobre la cuestión. De las circunstancias concurrentes en el caso, en el que las declaraciones fueron recogidas en grabaciones magnetofónicas en las que constan, según la transcripción literal adverbada y remitida por la Secretaria del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, las preguntas formuladas directamente por el Juez y las respuestas del recurrente, tampoco puede deducirse la falta de voluntariedad de la declaración. Por último, tampoco de la legislación aplicable puede deducirse la existencia de una cierta coerción para declarar o colaborar con la justicia, dado que ni se sanciona la falta de colaboración (...), ni se extraen consecuencias negativas para el acusado de su silencio (...). Por consiguiente, el hecho de que la declaración se prestara ante el Juez de Instrucción en presencia de Letrado y se grabara en cinta magnetofónica, así como la ausencia de coerción en la misma, convierten en inocuas las insuficiencias formales de los términos utilizados al informar al declarante de sus derechos a guardar silencio, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, máxime si se tiene en cuenta que, en la interpretación del recurrente, las expresiones utilizadas –“tiene derecho a no contestar a las preguntas que no desee, tiene derecho a no contestar a nada si no quiere, y que por supuesto puede decir cuanto quiera en relación a estos hechos”– implicarían que el recurrente fue informado de su derecho a guardar silencio, pues, aunque, ciertamente, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (...), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. En conclusión, no es posible apreciar la existencia de las infracciones constitucionales denunciadas» (FJ 4).

(Sentencia 127/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 3501/96. Ponente: Magistrada Dña. M.ª Emilia Casas Baamonde. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): motivación de las sentencias. Necesidad de que las sentencias penales contengan una expresa declaración de hechos probados

El recurrente en amparo recurría una Sentencia de la Audiencia Provincial, dictada en apelación, que había revocado una Sentencia absolutoria del Juzgado de lo

Penal, por considerar que tal Sentencia había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), debido al defecto de motivación consistente en haber omitido la declaración de hechos probados, y su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por entender que no existía prueba de cargo capaz de desvirtuar esta presunción, en particular sobre la cuantía de la cuota defraudada a la Hacienda pública, que había dado lugar al inicio del procedimiento y a la condena por delito fiscal por la Audiencia Provincial.

El TC examina primero la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que llega a apreciar, por lo que no entra ya en el análisis del segundo derecho fundamental invocado como vulnerado.

La STC se refiere a la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, recordando que su razón última reside en la interdicción de la arbitrariedad, cumpliendo una doble finalidad: garantizar su eventual control jurisdiccional a través del sistema de recursos, incluido el amparo, y permitir al ciudadano conocer las razones de la resolución en virtud de las cuales, en el caso del proceso penal, ha sido condenado o absuelto. «Este deber de exteriorización de las razones jurídicas de la decisión se refuerza y deviene más estricto en el ámbito de las Sentencias penales condenatorias, por cuanto al constituir el título jurídico habilitante de la privación del derecho a la libertad personal, el derecho a la tutela judicial efectiva se vincula con otro derecho fundamental, la libertad personal (art. 17.1 CE), de forma que es aplicable la doctrina de este Tribunal conforme a la cual la necesidad de explicitar los fundamentos de las resoluciones judiciales son mayores cuando se conectan con otro derecho fundamental» (FJ 2).

Añade la STC que este deber de fundamentación y exteriorización del fundamento de la decisión de las resoluciones judiciales se proyecta, en el caso de las Sentencias penales, tanto sobre la determinación de los hechos, como sobre su calificación jurídica, de manera que tanto las Sentencias dictadas en primera instancia, como las dictadas en segunda instancia, deben contener una declaración expresa y terminante de los hechos que se estimen probados. «Pues, en efecto, no se trata sólo de un requisito exigido por los artículos 248.3 LOPJ y 142.2 LECrim, sino de un mandato derivado del propio derecho a la tutela judicial efectiva, ya que toda labor de aplicación del Derecho tiene como presupuesto lógico, no sólo la determinación de la norma aplicable y de su contenido, sino el previo acotamiento de la realidad a la que ha de ser aplicada, es decir, la previa individualización del caso. Por consiguiente, como ya hemos declarado, las Sentencias penales en las que se omita la declaración de hechos probados no pueden considerarse como una resolución motivada, dado que faltaría uno de los presupuestos necesarios para la génesis lógica de la misma: los hechos probados (...). A lo dicho debe añadirse que la existencia de una declaración de hechos probados constituye el presupuesto necesario para que este Tribunal pueda efectuar el examen que le corresponde de la posible vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Debe significarse, en este orden de consideraciones, que el examen de la existencia de prueba de cargo de la que quepa inferir de forma no arbitraria los hechos que sustentan la condena penal precisa poner en conexión las pruebas con unos determinados hechos que se individualizan en la resolución judicial sólo al ser declarados probados, al tiempo que la posibilidad de efectuar un control sobre el carácter arbitrario o no de la aplicación de la norma penal en el caso concreto, requiere partir de la precisa determinación fáctica plasmada en la propia

resolución. De forma que la ausencia de declaración de hechos probados impide el control jurisdiccional de la decisión, que, como se ha afirmado, constituye una de las finalidades que garantiza el deber que exterioriza el fundamento de la decisión» (FJ 2).

La STC da la razón al recurrente, careciendo de trascendencia que la Sentencia impugnada haya sido dictada en apelación, «dada la plena *cognitio* del Tribunal en el marco de este recurso», de forma que en cualquier caso la Sentencia de apelación debe contener separada y expresamente los hechos declarados probados, y no puede sostenerse, añade la STC, «que la omisión de la declaración de hechos probados constituya una mera incorrección técnica irrelevante desde la perspectiva constitucional, ya que no se trata de deducir los hechos probados a partir de la calificación jurídica efectuada o de los razonamientos sobre la misma, pues esta deducción se aparta de la lógica de las reglas de aplicación del derecho y subvierte el sentido del control de la falta de arbitrariedad del proceso de aplicación de la norma que compete a este Tribunal en el marco de la salvaguarda del genérico derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del específico derecho a la legalidad penal (art. 25.2 CE). Pues bien, es precisamente esta omisión la que impide este Tribunal pueda analizar si la Sentencia condenatoria ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo, pues si el examen de la existencia de una mínima prueba de cargo sobre los hechos que sustentan la condena precisa poner en conexión las pruebas practicadas con los hechos, la ausencia de exteriorización de uno de los polos de la conexión impide analizar la razonabilidad de la propia relación que podría conducir de las pruebas a los hechos» (FJ 3).

(Sentencia 131/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 2489/1997. Ponente: Magistrada Dña. M.^a Emilia Casas Baamonde. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso al recurso penal (art. 24.1 CE). Cómputo del plazo para la presentación de un recurso de apelación en juicio de faltas: exclusión de los días inhábiles

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra dos Autos que habían inadmitido el recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia dictada en juicio de faltas. Tales Autos basaron la inadmisión en la extemporaneidad del recurso, por haber considerado hábiles todos los días. Según el recurrente, esta inadmisión era arbitraria y errónea, por lo que invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC le da la razón.

La STC, aunque parte de considerar que el cómputo de los plazos procesales es una cuestión de mera legalidad ordinaria, señala que «el tema adquiere dimensión constitucional y es susceptible, por tanto, de residenciarse en la correspondiente vía de amparo, cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insu-

ficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el artículo 24.1 CE (...). Como ha mantenido reiteradamente este Tribunal, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta, consagra en su artículo 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley, lo que obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución, se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. Por ello, si, en general, la existencia de un recurso legalmente previsto impone a Jueces y Tribunales una interpretación de la norma procesal teleológicamente fundada y orientada a no impedir el acceso al conocimiento judicial por formalismos irrazonables (...), esta interpretación viene aun más reforzada por su relevancia constitucional cuando, como en el presente caso sucede, el recurso tiende a revisar una resolución de condena en materia penal, dada la trascendencia que el proceso impugnatorio tiene por sí mismo desde la perspectiva del artículo 24.1 CE» (FJ 3).

En el caso concreto, dice la STC que el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia recaída en un juicio de faltas, debió ser admitido a trámite, «al haber sido presentado dentro del plazo de cinco días previsto en el artículo 976 LE-Crim computados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 182 y 185 LOPJ, esto es, excluyendo los inhábiles y entendiéndose prorrogado el plazo al primer día hábil siguiente si el último día de plazo fuere inhábil, como era precisamente el caso» (FJ 4).

En consecuencia, la STC estima el amparo, «pues la arbitraria e irrazonable interpretación de las normas reguladoras de los plazos procesales realizada en los Autos impugnados ha determinado para el recurrente la imposibilidad de recurrir en apelación frente a una Sentencia penal condenatoria, vulnerándose así su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que consagra el artículo 24.1 CE, en cuanto garantía del derecho a la doble instancia en materia penal que rige también en los juicios de faltas (...), como derecho de toda persona declarada culpable a que el fallo condenatorio y la pena que le haya sido impuesta sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley» (FJ 5).

(Sentencia 133/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 3832/1997. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): denegación de permiso de salida a un recluso, razonada y no desconectada de los fines de la institución

El recurrente, de nacionalidad francesa, interno en un establecimiento penitenciario, alegaba en su recurso, en primer lugar, la vulneración del principio de igualdad ante la ley sin sufrir discriminación (art. 14 CE), imputable a la Audiencia Provincial, por haberle denegado un permiso ordinario de salida, atendiendo,

según su criterio, exclusivamente a su condición de extranjero. La STC señala que en el caso resuelto no existe ni se ha aportado por el recurrente dato alguno que permitiera confirmar aquella alegación. La STC reconoce que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, «pero a la hora de explicar los motivos y de exponer los argumentos acreditativos de la discriminación, en la denegación del permiso de salida por el hecho de ser extranjero, en la demanda se guarda un silencio total que sólo se ve interrumpido por la simple invocación a la igualdad. Por tanto, el demandante no ha desplegado, como es su obligación, una mínima actividad, ni mostrado indicio alguno, para llevamos al convencimiento de que ha sido objeto de un trato discriminatorio en la aplicación de la ley que ha llevado a cabo la resolución judicial impugnada y que pudiera haber servido para vincular la hipotética desigualdad de trato de que se queja con alguna de las causas expresamente prohibidas en el artículo 14 CE» (FJ 1).

El recurrente alegaba también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el incumplimiento del mandato implícito contenido en el artículo 25 CE, «dirigido a hacer posible el disfrute de los mecanismos e instituciones dirigidos a garantizar la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad». En cuanto a la primera vulneración, la STC señala que la resolución de la Audiencia Provincial aceptó los razonamientos contenidos en la resolución recurrida del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en la que «no se condicionó la concesión del permiso sólo al simple hecho del tiempo de cumplimiento, sino también a la probabilidad de quebrantamiento de la condena; criterio éste admitido por la Ley y de exclusiva valoración judicial...». Según la STC, «no le corresponde a este Tribunal, en sede de recurso de amparo, determinar cuál sea la interpretación más plausible de los condicionantes legales y reglamentarios de la concesión de los permisos de salida, ni, por tanto, si el criterio de denegación expuesto en las resoluciones impugnadas resulta o no el más indicado para una correcta política de permisos (...), sino examinar si los criterios en que se fundamentan las decisiones impugnadas para denegar el permiso son conformes con los preceptos legales y constitucionales a los que se orienta la institución...», por lo que concluye afirmando que las resoluciones impugnadas «contienen una motivación suficiente *ex artículo 24.1 CE*, en el sentido de resolución no arbitraria o irrazonada, incluso con las matizaciones proporcionadas, en la forma indicada, por los artículos 25.2 y 17 CE. Como se dijo en la STC 81/1997 (FJ 5), también la apreciación de la fecha, todavía lejana para acceder a la libertad condicional, “resulta ser la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución”» (FJ 2).

(Sentencia 137/2000, de 29 de mayo. «BOE» núm. 156, de 30 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2063/1995. Deniega el amparo. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la libertad y con el deber de motivación de la Sentencia

La presente STC estima el amparo por considerar que el órgano jurisdiccional, que condenó en apelación, revocando la absolución dictada en primera instancia, no había motivado la apreciación de una circunstancia agravante muy cualificada.

La STC recuerda que «la obligación de motivar las sentencias que el artículo 120.3 CE impone a los órganos judiciales se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendido como derecho a obtener una resolución judicial razonablemente fundada en Derecho. Las exigencias inmediatas que cumple dicha exigencia de motivación son, de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos de procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (...). Más concretamente, este Tribunal ha reconocido un deber reforzado de motivación en el caso de las Sentencias penales condenatorias, en cuanto título jurídico habilitante de la privación del derecho a la libertad personal (...). Conforme a esta doctrina, el deber de motivación de una Sentencia penal incluye, en definitiva, la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica (...), así como la pena finalmente impuesta (...). Es decir, los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores constitucionalmente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción de los hechos declarados probados en la norma penal aplicada» (FJ 4).

En el caso concreto, la figura delictiva que se le había aplicado a la recurrente había sido la del tipo agravado de estafa, por el especial valor de la defraudación (7.200.000 ptas.), apreciando dicha circunstancia como muy cualificada, «sin que dicha cualificación fuera ni mencionada ni fundamentada en ningún lugar de la Sentencia impugnada. Dice el TC que «resulta imposible conocer cuál sea la argumentación que ha llevado al órgano judicial a la convicción de que concurría la circunstancia agravante prevista en el artículo 529.7 CP de 1973. Ciertamente es que la mera apreciación de si concurren o no circunstancias agravantes es una cuestión de estricta legalidad ordinaria que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (al igual que hemos dicho respecto de las circunstancias atenuantes y eximentes en SSTC 211/1992 y 133/1994), pero esa apreciación, en cuanto afecta a un derecho fundamental como es la libertad personal (art. 17.1 CE) ha de venir suficientemente motivada. En el presente caso no puede considerarse suficiente la fundamentación de los presupuestos fácticos del elemento agravatorio, pues aunque la Audiencia, al establecer la indemnización por responsabilidad civil, fija en 6.800.000 ptas. el perjuicio causado (cifra resultante de restar a la suma de 7.200.000 ptas. que se encontraban en la cuenta corriente de la finada y de la que la acusada dispuso, el donativo que por importe de 400.000 ptas. entregó a una parroquia, en cumplimiento de voluntades de la finada no expresadas en testamento, según consta en los hechos probados, sin que la Audiencia tome en cuenta que también se afirma que empleó parte de esa suma en los gastos funerarios, cuyo importe no consta), no se encuentra en la Sentencia impugnada argumento alguno que permita conocer cuál es la razón que lleva a la Audiencia a considerar que una estafa de esa cuantía implica una especial gravedad, ni tampoco se exterioriza la *ratio decidendi* de su consideración como estafa muy cualificada. O dicho de otra forma: resulta imposible conocer cuáles fueron las razones que llevaron a la Au-

diciencia a considerar que los hechos debían considerarse como constitutivos de un delito de estafa agravado, determinante de la imposición de la pena de prisión menor» (FJ 6).

«Por consiguiente, ha de darse la razón a la recurrente en que la ausencia de fundamentación de la pena de un año de prisión menor impuesta en la Sentencia impugnada generó la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad personal (arts. 24.1 y 17.1 CE), pues esa falta de motivación determina que la duración de la privación de libertad no haya quedado fundada de manera razonable y no arbitraria» (FJ 6).

(Sentencia 139/2000, de 29 de mayo. «BOE» núm. 156, de 30 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 3775/1996. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): principio de contradicción

Dice la STC que «el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más «sagrado» de sus derechos fundamentales (...). Así, este Tribunal ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen» (FJ 2).

En el caso concreto, el recurrente había alegado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque el órgano jurisdiccional no le había dado la oportunidad de hacer alegaciones respecto a la aplicabilidad del Código penal vigente. La STC rechaza la alegación del recurrente, por entender que aquél se había limitado a hacer uso de normas de Derecho transitorio, para la determinación de cuál era la ley más favorable en la sucesión temporal de un Código a otro. «En definitiva, se trata de una cuestión de selección e interpretación de las normas aplicables al caso, que ha sido hecha de forma razonada y motivada y a la que ningún reproche cabe hacer desde la perspectiva constitucional» (FJ 3).

(Sentencia 154/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Primera. Recurso de amparo 3493/96. Ponente: Magistrado D. Pedro Cruz Villalón. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio constitucional de seguridad jurídica (arts. 24.1 y 9.3 CE), en su dimensión de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra dos Autos de la Audiencia Provincial, que al rectificar, en aclaración, errores materiales de una sentencia dictada por el mismo órgano jurisdiccional, recaída en recurso de apelación, habían llevado a cabo una modificación tanto de la fundamentación como del fallo, lesionando en opinión del recurrente su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio constitucional de seguridad jurídica (arts. 24.1 y 9.3 CE en su dimensión de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

La STC señala que el cauce procesal previsto con carácter general en el artículo 267 LOPJ permite a los órganos jurisdiccionales, de un lado, aclarar un concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sus resoluciones y, de otro lado, corregir algún error material manifiesto o aritmético. Pero su utilización les está vedada, con una exigencia aun más estricta cuando del proceso penal se trata, más allá de la función reparadora para la que ha sido establecido y, por tanto, que, a través de dicha vía se alteren las conclusiones probatorias alcanzadas o la calificación jurídica de los hechos, así como una modificación sustancial de los fundamentos jurídicos o una variación de la parte dispositiva de sus resoluciones, sustituyendo un fallo por otro de sentido contrario (...). Pues es evidente que, en tal caso, quedaría lesionado el derecho a la intangibilidad de lo decidido judicialmente, que se integra en el ámbito del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, dado que la protección jurisdiccional carecería de la efectividad que este precepto constitucional exige si, al margen del sistema de recursos previsto en la ley, se permitiera reabrir ulteriormente lo resuelto por una Sentencia firme. Lo que quebrantaría, además, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) vinculado con esa dimensión del derecho fundamental, aunque este precepto constitucional, aisladamente considerado, quede extramuros del recurso de amparo (art. 53.2 CE)» (FJ 3).

(Sentencia 159/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 4222/97. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la defensa (art. 24.1 CE): extradición para cumplir pena de prisión imputada en un juicio celebrado en ausencia del acusado, sin posibilidad de impugnación ulterior; vulneración indirecta del derecho fundamental. SSTC 91/2000 y 134/2000

La principal alegación del recurrente y por la que se le otorgó el amparo se centraba en la imputación a la jurisdicción española de una «actuación lesiva indirecta de los derechos fundamentales del recurrente, en la medida en que la

Audiencia Nacional, al conceder la extradición, otorga validez a las Sentencias de la jurisdicción italiana que el recurrente reputa contrarias a tales derechos, por haber sido dictadas en rebeldía. Alega al respecto el recurrente..., que los Autos impugnados vulneran su derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con los derechos a la defensa, a ser informado de la acusación y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Para dar cumplida respuesta a las quejas del recurrente conviene precisar que, en realidad, la resolución del presente recurso de amparo debe ajustarse a lo ya decidido por este Tribunal en su reciente STC 134/2000, de 16 de mayo (que aplica, a su vez, la doctrina sentada en la STC 91/2000, de 30 de marzo), en el sentido de que el artículo 24.2 CE garantiza de forma absoluta (sea cual fuere el foro competente) el derecho del condenado *in absentia* (y con penas graves) a una ulterior posibilidad procesal de impugnación de la condena. Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado..., el recurrente ha sido condenado por Sentencia firme *in absentia* en Italia por un delito de tráfico de drogas a una pena muy grave (trece años de reclusión), pese a lo cual la Audiencia Nacional ha accedido a la extradición incondicionada. Si bien en el juicio penal sus intereses fueron defendidos por un Letrado de su elección, en ningún momento tuvo lugar la presencia personal del imputado en dicho juicio. Aun sin necesidad de analizar si el derecho a la autodefensa es o no renunciable, es lo cierto que en las actuaciones no consta una renuncia expresa del condenado a un juicio en su presencia, pues del mero dato de la presencia en el juicio penal de un Letrado para la defensa de sus intereses no cabe colegir una renuncia expresa al derecho a comparecer personalmente en juicio. Por ello, las quejas del recurrente referidas a la autorización de su entrega incondicionada a Italia para el cumplimiento de las penas impuestas en la Sentencia dictada por el Tribunal de Livorno el 16 de diciembre de 1994 (confirmada en apelación...) han de ser atendidas. Los Autos impugnados no se ajustan a las necesidades absolutas que dimanarían del derecho de defenderse en un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), pues la Audiencia Nacional ha admitido la legitimidad constitucional del juicio en contumacia o rebeldía por delito castigado con pena grave, sin someter la concesión de extradición a Italia a la condición expresa de que por parte del Estado italiano se prestaran garantías de posible impugnación de las Sentencias condenatorias dictadas en ausencia» (FJ 5).

(Sentencia 163/2000, de 12 junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Primera. Recurso de amparo 5525/98. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): significado de la llamada incongruencia omisiva

El recurrente en amparo alegaba, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber dado respuesta a la existencia de un error de tipo que, según él, había planteado en la instancia y ante el Tribunal Supremo. La STC recuerda, luego de resumir su doctrina sobre el vicio de la llamada incongruencia omisiva, que para que la tacha de la incongruencia omisiva sea atendible

«debe comprobarse, antes de todo, si concurren dos datos esenciales: uno, el efectivo planteamiento del problema y, otro, la ausencia de respuesta razonada por parte del juzgador. El examen de las actuaciones pone de manifiesto que el recurrente, efectivamente, había planteado en la instancia, es decir, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la alegación de que había existido un error de tipo en el recurrente y que, según su criterio, en cualquier caso quedaba excluido el dolo en su conducta para el supuesto de que el Tribunal *a quo* lo tuviera en cuenta en el caso de que aceptara la calificación de los hechos que el Ministerio Fiscal había propuesto, en el sentido de imposición de la pena correspondiente al tipo agravado previsto en el artículo 344.1 CP. Ahora bien, desde el mismo momento en que la Audiencia consideró que la sustancia «éxtasis» no era de las que causan grave daño a la salud, dicho órgano judicial no necesitó entrar en la cuestión de la existencia de un error de tipo, sin perjuicio de que efectivamente le hubiera sido, o no, planteada por el recurrente. Pero éste no lo hizo así en sede casacional, a pesar de que su insistencia en afirmar en la demanda de amparo que tal pretensión había sido planteada, insistencia que ha podido inducir al error del Fiscal que, en sus alegaciones en este proceso de amparo, ha llegado al convencimiento equivocado de que el recurrente suscitaba tal pretensión ante el Tribunal Supremo y de que, en consecuencia, no ha recibido respuesta por parte del mismo» (FJ 3).

(Sentencia 195, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 156/1995. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (prohibición de la reformatio in peius (art. 24.1 CE)): alteración de la indemnización concedida en la instancia en perjuicio del apelante

La recurrente en amparo alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que imputaba a la Sentencia recurrida por haber aumentado el *quantum* de la indemnización que había sido establecida por el Juez, y en virtud únicamente de su recurso de apelación. La STC recuerda que «aun cuando la prohibición de reforma peyorativa no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión».

La STC señala que «las dos resoluciones judiciales recaídas en el proceso ordinario han partido de una distinta interpretación acerca de la aplicación o no de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, pues mientras la Sentencia de instancia entiende que esta disposición debe ser aplicada retroactivamente –el siniestro tuvo lugar el 19 de julio de 1995 y la Ley 30/1995 entró en vigor el día 10 de noviembre de 1995–, la dictada en apelación por la Audiencia entiende que, por el contrario, no es aplicable dicha Ley. La consecuencia de todo ello es que en la Sentencia de primera instancia se condenó a la recurrente de amparo a los intereses legales vigentes más el incremento del 50 por 100 desde la fecha del siniestro, lo que según cálculos de la recurrente equivalía a un interés del 16 por 100, y en la Sentencia de la Audiencia, que revoca aquella en esa materia de los intereses, la condenó a un interés anual del 20 por 100, que, obviamente, es su-

perior al previsto en la Sentencia del Juez. Pues bien, hemos sostenido que es trasladable al recurso de apelación lo dispuesto en el artículo 902 LECrim para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (...). De forma expresa y reiterada hemos aplicado la anterior doctrina a la fase de apelación dimanante, como en este caso, de un previo juicio de faltas (...). Finalmente, hemos mantenido que respecto de la acción civil derivada del ilícito penal (ámbito al que se contrae la presente demanda) rige también la imposibilidad de alterar en perjuicio del único apelante las indemnizaciones concedidas en la instancia, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, salvo que existan otros recursos de apelación autónomos o adherentes al recurso del apelante, pues en este caso se incrementa el alcance devolutivo del recurso y, por ello, los poderes del órgano de apelación (...). En definitiva, desde el punto de vista de la acción civil vinculada a la acción penal, se producirá la *reformatio in peius* cuando la modificación operada en fase de apelación no sea consecuencia de una petición deducida ante el Tribunal, bien a través de la formulación de un recurso de apelación, bien por medio de la adhesión a cualquiera de los recursos admitidos por el órgano judicial» (FJ 2).

En el caso concreto, «en la apelación sólo se impugnó por parte de la representación de la sociedad demandante la imposición de intereses de la cantidad a indemnizar, habiéndose conformado el perjudicado, quien no recurrió la Sentencia de instancia ni se adhirió al recurso. Por otra parte, el otro apelante, el condenado penalmente, tampoco parece que hubiera impugnado la determinación de intereses, puesto que su recurso estuvo basado en error en la apreciación de la prueba (...). Además, no se puede dejar de advertir que en el recurso de apelación “UAP Ibérica, S.A.” no impugnó la totalidad de la Sentencia del Juez de Primera Instancia de Motril, sino tan sólo los pronunciamientos referidos a la cuantía de la indemnización y los intereses correspondientes. Ahora bien, como se ha dicho, la Sentencia de apelación decidió, como cuestión de legalidad ordinaria, considerar la irretroactividad de la Ley 30/1995, y aplicar al caso la Ley Orgánica 3/1989, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, por lo que se ha de descartar que se tratara en este caso de la aplicación de normas de orden público, cuya recata aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes (...). Lo cierto es que con la decisión de considerar aplicable aquella otra legislación, la Audiencia no se apercibió que perjudicaba la situación de la entidad aseguradora desde el momento que condujo a la imposición de unos intereses de demora más altos de los que habían sido reconocidos en la Sentencia del Juez. Por lo que este empeoramiento de la situación de la entidad recurrente en virtud únicamente de su iniciativa de adherirse al recurso de apelación con la intención, como es natural, de obtener un beneficio, y no un perjuicio, ha supuesto una reforma peyorativa por la respuesta que el órgano judicial ha dado a la pretensión de una de las partes del proceso, y, en consecuencia, la existencia de la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del que se ha quejado, con razón, la demandante de amparo» (FJ 3).

(Sentencia 200/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 3763/96. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): prórroga de la prisión provisional, en virtud de Sentencia condenatoria que es anulada luego en casación por quebrantamiento de forma

El recurrente en amparo había sido condenado en febrero de 1998 por la Audiencia Provincial a sendas penas de 19 y 14 años de prisión, como autor de dos delitos de asesinato, uno consumado y otro en grado de tentativa. Desde el mes de septiembre de 1994 el recurrente se encontraba en prisión provisional, por lo que la Audiencia acordó prolongar dicha situación de prisión hasta la mitad de la pena impuesta, una vez que contra la Sentencia condenatoria fue interpuesto recurso de casación. El 31 de marzo de 1999, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte a dicho recurso por quebrantamiento de forma, por apreciar que en la Sentencia de la Audiencia existió un «cuasi» vacío de motivación, por lo que aquel Tribunal acordó la devolución a la Audiencia de todo lo actuado para que dictara una nueva Sentencia debidamente motivada. El recurrente formuló entonces nuevas peticiones de libertad, que fueron denegadas en las resoluciones objeto del recurso de amparo. La Audiencia en fecha 30-4-1999 dictó la nueva Sentencia a la que venía obligada. «El nervio central de la pretensión de amparo está en las consecuencias que el recurrente extrae del pronunciamiento del Tribunal Supremo, que, en su opinión, implica la nulidad de la Sentencia de la Audiencia casada, cuya anulación supondría dejar sin fundamento la prórroga de su prisión provisional por no poder entonces cobijarse en el párrafo 5 del artículo 504 LECrim. En efecto, según éste es requisito de la prórroga la existencia de una Sentencia condenatoria que a su vez haya sido recurrida, y por ello la nulidad de aquélla devuelve las cosas al estado anterior al pronunciamiento de la condena. El demandante alega, en tal sentido, que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva sólo podría encontrar base en el párrafo 4 del artículo 504 LECrim, pero, como quiera que llevaba más de cuatro años en tal situación, el plazo máximo habría sido excedido. Sin embargo, en los Autos impugnados, que deniegan su libertad provisional, la Audiencia razona que el fundamento de la prisión sigue estando en el párrafo 5 del artículo 504 LECrim, porque, en su criterio, la Sentencia de casación no ha anulado la de instancia, sino que ha apreciado un defecto de motivación que afectaría a la fundamentación de la Sentencia y no al fallo condenatorio, el cual quedaría incólume» (FJ 2).

Según la STC, «hay que descartar, en primer lugar, el reproche de que la Audiencia no haya expresado en los Autos impugnados las razones en cuya virtud denegó la petición de libertad del recurrente y en tal sentido, aquéllas cumplen con el canon de motivación exigido en el artículo 24.1 CE. Éste no garantiza el acierto en la interpretación de la legalidad ordinaria que es, precisamente, lo puesto en entredicho por el demandante para quien la privación de libertad acordada y mantenida no podía estar basada en el precepto legal acogido en esas resoluciones judiciales. Si bien es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo —como señala la Audiencia Provincial— no contiene un pronunciamiento expreso de nulidad, no lo es menos que la casación por su propio significado semántico consiste en la rescisión de la Sentencia, aunque tampoco quepa desconocer que la casación sin nulidad encierra un mensaje o un cierto propósito en el Tribunal supremo de reducir el ámbito de los efectos. En este sentido conviene recordar que la nulidad no equivale a la inexistencia y que, por tanto, la Sentencia rescindida

despliega residualmente algunos de sus efectos. Las penas impuestas está ahí aun cuando con una motivación insuficiente y ese defecto de motivación apreciado por la Sentencia del Tribunal Supremo ofrece así un carácter fragmentario, sin capacidad para volatilizarse la circunstancia de que el recurrente fue juzgado y condenado. A ello se añade que, como razona el Auto de la Audiencia, la elaboración de toda Sentencia se escinde en dos fases según el artículo 149 LECrim, donde se distingue entre «deliberación y votación» de la Sentencia, que habrá de hacerse inmediatamente después del juicio oral o al día siguiente, y la redacción y firma de la misma, para cuya tarea se prevé, en principio, el plazo de los tres días siguientes ampliable (art. 203 LECrim) y por tanto, la rescisión indiciaria tan sólo en esta segunda etapa. Planteada así la cuestión no es irrelevante, a los efectos de la medida cautelar, el dato de que aquélla tenga su causa en una Sentencia condenatoria a unas penas privativas de libertad muy graves aunque ésta no adquiera firmeza mientras esté pendiente del recurso (...). Por supuesto, lo dicho más arriba no significa en ningún momento que la prisión preventiva pueda prorrogarse indefinidamente como si la condena no hubiese sido rescindida, exceso que no se cometió en este caso. En este caso, y ello es importante, la Audiencia actuó con prontitud. Es cierto que cuando la Sala acordó la prórroga de la prisión, el 29 de abril de 1999, no había sido redactada todavía la nueva Sentencia, también condenatoria, pero no lo es menos que al siguiente día 30 fue dictada ya imponiendo otra vez al hoy actor, entre otras, las penas de 19 y 14 años de privación de libertad, circunstancia esta cuya trascendencia la parte ha desdeñado en todo momento, pero a la que con claridad se refiere el Auto de 10 de mayo donde se resolvió el recurso de súplica. Esta celeridad de la Audiencia en pronunciar la Sentencia con la consiguiente subsanación del defecto apreciado por el Tribunal Supremo, supuso la consolidación de la condena y el desvanecimiento de la presunción de inocencia que ya había sido desvirtuada por el primer pronunciamiento judicial, por más que fuera revisado. Todo ello hace que no pueda ser aceptada la visión formalista en la que se ha situado el actor que, desde su particular posición, comprensible por lo demás, pretende el desconocimiento de la finalidad y el carácter de la medida cautelar impugnada que ha estado dirigido, fundamentalmente, a garantizar el cumplimiento futuro de la condena impuesta por unos a todas luces, graves delitos. En definitiva y como conclusión, el amparo que se nos pide ha de ser denegado» (FJ 4).

(Sentencia 206/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 2457/99. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): inmodificabilidad de resoluciones judiciales firmes

El recurrente en amparo, de nacionalidad británica, objeto de un proceso de extradición en virtud de una orden de detención expedida por las autoridades judiciales de Francia, dirigía su recurso contra los Autos dictados por el Pleno de la Audiencia Nacional que le habían denegado su petición de libertad provisional formulada en el expediente de extradición seguido contra él en virtud de una reclamación de Francia para el cumplimiento de una pena de cinco años de prisión a

que había sido condenado por un delito contra la salud pública. Con anterioridad, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había denegado una anterior solicitud de libertad, basándose en entender no acumulables los distintos períodos de prisión provisional sufridos en la misma causa para el cómputo del plazo máximo de prisión provisional; decisión que fue anulada por el TC en la STC 147/2000, por cuanto dichos períodos sí «deben computarse de forma cumulativa para la determinación del plazo máximo de duración impuesto por el artículo 17.4 CE».

La primera queja del recurrente se basaba en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, porque mientras que la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había entendido que el plazo máximo de prisión provisional aplicable al caso era el de un año, en los Autos recurridos del Pleno de la Sala, a quien se avocó el conocimiento del asunto, se entendió que el plazo aplicable era el de dos años. La STC examina la cuestión de si los Autos recurridos suponían desconocer un anterior pronunciamiento en el mismo expediente de extradición sobre el plazo máximo de prisión provisional aplicable, llegando a la conclusión negativa. La STC niega que los dos Autos de la Sección Segunda contuvieran una declaración clara y terminante de que el plazo máximo de prisión aplicable en la causa de extradición en que se dictaron fuese el de un año, y en cuanto al hecho de haberse elevado las actuaciones al Pleno de la Sala para que fuese éste quien dictase la resolución procedente en relación a la solicitud de libertad formulada, «se hizo uso de una facultad que viene expresamente prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que no supone la manifestación de prejuicio alguno que haga perder la imparcialidad objetiva a dicho órgano. Es más, aun cuando..., se trate de una forma de constituir la Sala de Justicia, no puede tampoco desconocerse que en materia de extradición el Pleno de la Sala tiene unas funciones específicas que lo configuran como último órgano decisor en materia de extradición, pues a él viene atribuido el conocimiento de los recursos de súplica que se deduzcan contra la decisión de la Sección accediendo o denegando la extradición (art. 15.2 de la Ley de Extradición Pasiva). De ahí que no pueda siquiera intuirse una finalidad torcida en el ejercicio de una facultad prevista legalmente que desemboca en que la decisión se tome por el órgano constituido de forma idónea para la unificación de criterios, o para el establecimiento de la jurisprudencia unificada, que regule con caracteres de seguridad y certeza la interpretación jurídica en materias determinadas, cual la extradición» (FJ 3).

(Sentencia 207/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 3676/99. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): incongruencia omisiva; sentencia de apelación que no da respuesta a la solicitud de prueba testifical reiteradamente pedida por la defensa del acusado

En esta ocasión la STC aprecia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva o *ex silentio* en una Sentencia dictada en ape-

lación, que no había dado respuesta a la expresa petición del recurrente de que se proveyese a la realización de la prueba testifical repetidamente solicitada.

La STC, luego de resumir su doctrina sobre la necesidad de motivación y la proscripción de incongruencia omisiva causante de indefensión, señala que para que la queja fundada en este último vicio prospere «se hace preciso la constatación del efectivo planteamiento de la cuestión cuyo conocimiento y decisión se afirma eludido por el Tribunal, como declaran las SSTC 172/1997, 129/1998 y 94/1999. Por último, la estimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión requiere, en todo caso, la constatación de que la incongruencia omisiva causó indefensión material en el sentido de un efectivo perjuicio de los derechos de defensa del afectado» (FJ 3).

La STC señala que aunque «no existe constancia de que la solicitud de prueba testifical (testigos de descargo del acusado), se formulase formalmente de manera precisa y adecuada; sin embargo, no es menos cierto que el examen del acta del juicio oral permite constatar que el Abogado del recurrente hizo constar en ella su expresa protesta por no haberse practicado la prueba testifical propuesta, invocando la vulneración del citado derecho fundamental tan pronto tuvo ocasión para ello. Por otra parte, en el recurso de apelación se adujo expresamente, como uno de los motivos que fundaban la interposición del mismo, el arbitrario rechazo de la prueba testifical propuesta, que se consideraba imprescindible para determinar la veracidad de las declaraciones contradictorias de las partes y, por ende, el resultado mismo del proceso penal. De hecho, en el suplico del recurso se interesaba que estimándose la apelación, se retrotrajese el procedimiento a la fase de prueba para que se practiquen las testificales propuestas» (FJ 4).

La Sentencia impugnada, concluye la STC, no ofreció respuesta a la solicitud de prueba testifical, ni la desestimación tácita de la misma podía deducirse razonablemente del conjunto de la resolución, por lo que otorga el amparo, anulando la Sentencia dictada en apelación, para que por la Audiencia Provincial se dictara una nueva Sentencia ofreciendo respuesta a todas las pretensiones formuladas en el recurso de apelación.

(Sentencia 210/2000, de 18 de septiembre. «BOE» núm. 251, de 19 de octubre. Sala Primera. Recurso de amparo 532/96. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): incongruencia por error; Sentencia de apelación que condena con fundamentos ajenos al debate procesal

El recurrente en amparo dirigió su recurso contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que lo había condenado por un delito contra el deber de prestación del servicio militar del artículo 135 bis i) CP 1973, revocando la Sentencia del Juez de lo Penal que lo había absuelto. La principal alegación, por la que se le concede el amparo, se basaba en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por haberle condenado la Audiencia sobre la base de un error en los motivos que fundaron el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia absolutoria de instancia. «De las actuaciones seguidas en el proceso penal del que trae su causa este recurso de amparo se desprende con

toda claridad que la Sentencia del Juez Penal alcanzó una convicción absoluta en relación con los cargos deducidos en contra del recurrente al considerar que no existía prueba alguna de la que se pudiese inducir que el (recurrente) hubiese cometido el delito que se le imputaba, ya que tan sólo se acreditó la existencia de una providencia del Juez Togado Militar de Badajoz y de una carta supuestamente remitida por el acusado por la que habría manifestado su negativa a cumplir con el servicio militar, lo que no era, a juicio del Juez, suficiente para su condena. El Ministerio Fiscal recurrió dicha Sentencia absoluta sosteniendo que, por el contrario, la carta constituía prueba documental sobrada para concluir la culpabilidad y consiguiente condena del acusado. A esta consideración repuso la defensa en su escrito de impugnación de la apelación que no sólo la carta se unió irregularmente al proceso como prueba documental, sino que era de todo punto insuficiente para acreditar los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, ya que no se había probado la citación reglamentaria para el cumplimiento del servicio militar, la efectiva no incorporación a filas en el lugar de destino y la ausencia de causa legal para haberlo hecho. Pues bien, y éste es el punto central del asunto, la Audiencia Provincial dictó una Sentencia en la que se guarda absoluto silencio sobre el debate que se acaba de glosar respecto a si la aludida carta era o no prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia y si era necesario acreditar, además, otras circunstancias concurrentes. La Sentencia de apelación, que no contiene relación alguna de hechos probados, lo que ya es de suyo lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como se ha dicho en nuestra muy reciente STC 131/2000, de 16 de mayo, identificó erróneamente, como es obvio, el motivo único del recurso de apelación del Ministerio Fiscal con un supuesto desacuerdo tácito respecto de la aplicación al caso por el Juez Penal del artículo 6 bis *a*) CP (...), y sobre esta cuestión fundó su fallo condenatorio. La Audiencia Provincial se limita a razonar por extenso en torno a la correcta aplicación de tal causa excluyente de la responsabilidad penal y a si el acusado había padecido o no el referido error de prohibición (...), llegando a la conclusión que en el caso de autos resultaba improcedente su invocación (...), a la vista de una serie de manifestaciones que se le imputan al ahora recurrente en amparo y que la Audiencia Provincial toma de un relato fáctico supuestamente contenido en la Sentencia de instancia (...). La manifiesta discordancia entre lo debatido, alegado y pretendido por el Ministerio Fiscal y la defensa en fase de apelación, tras la absolución en instancia fundada por el Juez Penal en la falta de pruebas incriminatorias, es aun más patente si se repara, además, en ciertos extremos de la Sentencia de apelación que ponen de manifiesto que la Audiencia Provincial ha resuelto un supuesto distinto del sometido a su juicio» (FJ 2).

La STC, ante la patente discordancia entre las cuestiones planteadas por las partes en la apelación y las razones por las que la Audiencia Provincial finalmente condena al recurrente, estima el recurso de amparo. «La Audiencia Provincial ha alterado radicalmente los términos del debate suscitado entre las partes, causando indefensión al recurrente de amparo, quien se ha visto finalmente condenado por motivos que no ha podido rebatir, ya que ni siquiera fueron esgrimidos en primera instancia o en el recurso de apelación que contra su absolución formuló el Ministerio Fiscal. Como recordamos en la STC 136/1998, el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o, como es el caso, cosa distinta de lo pedido, sólo adquiere relevancia constitucional por en-

trañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (...). Ahora bien, para que la incongruencia tenga relevancia constitucional de cara a entender lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva es indispensable que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, y, por ello, en casos como el que nos ocupa, la incongruencia requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (...). Así pues, el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*). Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse, tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio, como en el caso que nos ocupa, los motivos del recurso de apelación formulado, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*. En lo que ahora interesa, además de distinguir nuestra jurisprudencia entre la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, también singulariza la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia (...). En efecto, se trata de supuestos, como el actual, en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta» (FJ 3).

(Sentencia 213/2000, de 18 de septiembre. «BOE» núm. 251, de 19 de octubre. Recurso de amparo 2218/96. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): inadmisión de recurso de casación sin resolver la solicitud de nombramiento de Procurador de oficio ni permitir ninguna subsanación, vulneradora del derecho; acceso a los recursos legalmente previstos

El recurrente en amparo impugnaba la decisión de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por la que se declaró desierto el recurso de casación que había presentado. Según esta Sala, el recurrente no había comparecido en el término que le

fue conferido, no habiendo solicitado la designación de Abogado y Procurador; «constando únicamente una comunicación por fax al Tribunal Militar Territorial Segundo que no puede tenerse en cuenta, ni por la forma en que fue dirigida ni en cuanto a lo que interesa en la misma...».

La STC aprecia en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, aunque también afirma que resultaron afectados otros derechos, como el de asistencia letrada, conectado a su vez con el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE).

«La Constitución española, en su artículo 24.1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, lo que comprende, el acceso a los recursos legalmente previstos. Y, como señalamos en nuestra Sentencia 11/1984, al exigirse en determinados casos que concurra la postulación procesal para que se produzca la actividad jurisdiccional, se vulnera el artículo 24.1 CE. Ocurre de tal forma cuando el órgano judicial, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico facilita, su falta de postulación procesal, ya que no sólo se limita, sino que se hace imposible, la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 1). Los órganos judiciales han de cuidar solícitamente de la defensa del justiciable en el proceso penal. La realización efectiva del derecho de defensa impone, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 –asunto Airrey–, de 13 de mayo de 1980 –caso Artico– y de 25 de abril de 1983 –caso Pakelli–, proporcionar asistencia letrada real y efectiva a los acusados (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6). Según tenemos establecido “la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aún así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es, simultáneamente, un elemento decisivo del proceso penal, en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso” (SSTC 42/1982, 29/1995). El artículo 24.2 CE incluye el derecho a la asistencia letrada entre el haz de garantías que integran el derecho a un juicio justo, garantías que cobran proyección especial en el proceso penal (...). Cuando la Ley exige la representación por Procurador, aunque este requisito no sea de idéntica naturaleza a la exigencia de dirección letrada, tiende como ésta a garantizar la corrección técnica de los actos procesales, realizados por profesionales con la finalidad de que la pretensión deducida pueda llegar a buen fin. Ahora bien, tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (...)» (FJ 2).

La STC señala que «es cierto que las formas y los requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, pero no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución (STC 118/1987, de 8 de julio, FJ 2). Incluso cuando la Ley exige la intervención de Letrado y Procurador para dar validez a una actuación procesal, los ór-

ganos judiciales han de considerar su ausencia como un requisito subsanable (STC 53/1990, de 26 de marzo), por lo que, hemos afirmado, no sólo ha de dársele oportunidad al interesado de reparar tal omisión sino que, además, “la exigencia a la parte de tener un defensor acentúa la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectiva designación de Letrado” (SSTC 91/1994 y 233/1998). En el presente caso, el condenado manifestó su intención de impugnar una Sentencia y también su voluntad de disponer de Procurador por el turno de oficio, a efectos de la interposición del recurso de casación; petición que formula directamente al Tribunal sentenciador, a través de un fax, al siguiente día de la celebración de una comparecencia ante dicho órgano, que tenía como finalidad emplazarle ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y en la que se le advirtió expresamente, tras requerirle para que nombrase Abogado y Procurador, que de no efectuar tales nombramientos le serían designados de los del turno de oficio. No puede estimarse que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva si se consideró que el medio concreto a través del cual fue efectuada la solicitud resultó determinante de la pérdida de tal beneficio, y de la del propio recurso de casación, cuando se constata que llegó a conocimiento del Tribunal. Y por ello resulta razonable que el ahora quejoso confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso mediante Procurador de oficio, o bien, en caso de su denegación, por uno de su libre designación, expectativa que vio frustrada porque la única respuesta de la Sala del Tribunal Supremo fue la declaración de desierto aplicado al recurso por haber transcurrido ya el término del emplazamiento. Pero es que, además, en el caso de que aquella solicitud no hubiere llegado a conocimiento del órgano judicial, o no se le hubiere otorgado validez, debió procederse conforme se le había advertido previamente al recurrente: efectuar las designaciones de oficio» (FJ 3).

(Sentencia 221/2000, de 18 de septiembre. «BOE» núm. 251, de 19 de octubre. Sala primera. Recurso de amparo 1304/98. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales; Sentencia de apelación que declara responsabilidades civiles subsidiarias alterando de oficio el objeto del debate procesal

Los recurrentes en amparo impugnaban la Sentencia de apelación que los había condenado en calidad de responsables civiles subsidiarios sin que ninguno de los intervinientes en el proceso penal formulara tal petición, alegando como principal vulneración la del derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales.

«Pues bien, respecto de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional ha declarado que el vicio de incongruencia entendido como desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurra la controversia procesal (...). En esas mismas resoluciones hemos declarado que el juicio so-

bre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), y en relación a estos últimos elementos hemos afirmado que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión. En el bien entendido que esta doctrina no impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, como expresa el viejo aforismo *iura novit curia*, los Jueces y Tribunales no están obligados al motivar sus Sentencias a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes. La que hemos llamado incongruencia *extra petitum* se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión o una causa de pedir que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y la causa del pedir o el *petitum* (SSTC 98/1996; 220/1997; 9/1998; 215/1999; 85/2000; 86/2000). Ahora bien, la incongruencia *extra petitum* sólo tiene relevancia constitucional y lesiona el artículo 24.1 CE en la medida en que provoque indefensión al defraudar el principio de contradicción... Sólo si la Sentencia modifica la *causa petendi* o el *petitum* alterando la acción ejercitada, se habría dictado sin oportunidad de debate, ni defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi* (STC 98/1996, FJ 2). En este punto, debe recordarse que el órgano judicial únicamente está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (STC 9/1998, FJ 2)» (FJ 2).

«La Sentencia de la Audiencia dictada en apelación condenó a los recurrentes en amparo como responsables civiles subsidiarios con el argumento de que «la imprevisión de los técnicos consiste en no anotar la suspensión de las obras en el libro correspondiente, dejando abierta su continuación en cualquier momento, como así ocurrió, sólo determina su responsabilidad civil subsidiaria, pues en definitiva seguían «abiertas» las obras, siguiendo el principio objetivo de que quien está a las ganancias debe estar a las pérdidas, que inspira el artículo 22 del Código Penal de 1973, porque en el desempeño de la actividad el dependiente genera unas ventajas con riesgo de desventajas, este peligro de eventos desfavorables es el que deben asumir los técnicos que dejan que la actividad continúe, o que sea posible su continuación, porque ninguna medida adoptaron impidiendo su reanudación sin aviso previo para garantizar la supervisión de la ejecución en todo momento, sin períodos incontrolados posibles». De lo dicho se desprende que, aunque los hechos que dieron lugar a la condena civil –el no reflejo de la paralización de las obras en el correspondiente libro– pudieron ser debatidos y en realidad lo fueron a lo largo de las dos instancias, no es menos cierto que la pretensión sufrió una modificación sustancial al dictarse la Sentencia de apelación, puesto que en ningún momento los recurrentes solicitaron la responsabilidad civil subsidiaria de los condenados, sino la responsabilidad penal como coautor de una falta de imprudencia con resultado de muerte y la responsabilidad civil directa. De este modo se alteró de oficio el ob-

jeto del debate procesal al introducir una pretensión nueva frente a la cual los recurrentes en amparo no pudieron defenderse ni entablar un debate contradictorio» (FJ 3).

(Sentencia 227/2000, de 2 de octubre. «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre. Sala Segunda. Recursos de amparo acumulados 4148/97 y 4258/97. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): derecho a indemnización de las sobrinas de una persona fallecida en accidente de tráfico. STC 181/2000

Las recurrentes en amparo, sobrinas de una persona fallecida a raíz de un atropello, impugnaban la Sentencia de la Audiencia Provincial que les había denegado la indemnización que habían solicitado con motivo del fallecimiento de su tía en accidente causado con vehículo de motor.

«Las demandantes de amparo son sobrinas de la fallecida y alegan haber sido excluidas del derecho a la indemnización por el hecho de serlo, dado que la Ley 30/1995 (de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) excluye del elenco de perjudicados a los sobrinos del fallecido. Las infracciones de los preceptos constituciones se construyen sobre esta premisa. Así, se alega, en primer término, que se habría producido una discriminación contraria al artículo 14 CE al aplicarse de forma forzosa el sistema de baremos introducido por dicha Ley y quedar excluidos del mismo los sobrinos, pues si su tía hubiera fallecido por causas ajenas a los vehículos a motor, sí hubieran recibido indemnización. La denunciada discriminación quedaría demostrada por la existencia de Sentencias de la misma Audiencia Provincial reconociendo indemnizaciones a favor de los sobrinos, a pesar de no convivir con los tíos. Denuncia también la demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto el Tribunal no habría ejercido su función jurisdiccional, sino que habría abdicado de ella, al negar la indemnización en base a la exclusión de los sobrinos por la citada Ley y no realizar otra interpretación de la misma a la luz de otras normas del ordenamiento jurídico, conforme a las cuales existe una obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por delito y falta. En particular, entiende que es posible interpretar la Ley 30/1995 en el sentido de que el elenco de perjudicados no es exhaustivo, de forma que es posible indemnizar a otros familiares no incluidos expresamente. Las referidas tachas de inconstitucionalidad en relación con la exclusión de ciertos grupos de familiares del elenco de beneficiarios posibles de las indemnizaciones fijadas mediante baremación en la Ley 30/1995 no han sido objeto de consideración por nuestra STC 181/2000, de 29 de junio. Por consiguiente, la doctrina sentada en la misma resulta sólo de indirecta aplicación al caso. Ahora bien, el Ministerio Fiscal sostiene en sus alegaciones que el fundamento de la denegación de la indemnización en el caso aquí controvertido no reside en el hecho de la aplicación automática de la Ley 30/1995, sino en la falta de acreditación en el proceso por parte de las recurrentes de los daños o perjuicios indemnizables, más allá de los gastos del sepelio, respecto de los cuales se les concedió indemnización...».

El TC comparte el anterior razonamiento, «pues de la lectura de los párrafos de los fundamentos jurídicos primero y segundo de la Sentencia de la Audiencia

Provincial..., resulta que, ciertamente, el fundamento de la decisión judicial impugnada no reside sólo ni fundamentalmente en la exclusión de los sobrinos del elenco de perjudicados con derecho a indemnización conforme al anexo, tabla I (indemnizaciones básicas por muerte) de la Ley 30/1995. Como puede comprobarse, la decisión de la Audiencia Provincial se sustenta en la idea de que, en principio “los sobrinos de la víctima no figuran en ninguno de los cinco grupos de familiares relacionados” en el citado anexo, por lo que “no tienen la condición de beneficiarios de indemnización alguna por el mero hecho de serlo”, de forma que “no se establece legalmente en su favor una cuantificación económica del perjuicio sufrido por la pérdida del familiar, entendida como un dejar de existir, desapareciendo la relación parental y los lazos de cariño que, debe presumirse, conlleva”. pero también sostiene que, no cabiendo legalmente esa indemnización automática basada en la presunción legal del perjuicio por la pérdida del familiar, hubiera sido posible indemnizar a los sobrinos si se hubiera acreditado en el proceso que el fallecimiento de su tía les había ocasionado un daño o perjuicio cuantificable. Por ello, la Sentencia les concede como indemnización la correspondiente a la cuantía de los gastos de sepelio, en cuanto se acredite en ejecución de Sentencia haber satisfecho su pago, y, por ello, les niega, al mismo tiempo, la indemnización por otros conceptos al no haberse probado «que como consecuencia del fallecimiento de la víctima haya sufrido daño o perjuicio cuantificable» ajeno al conectado con el pago de los gastos del sepelio. Se trata, en consecuencia, de una interpretación realizada por la Audiencia Provincial que no puede estimarse vulneradora de ninguno de los derechos fundamentales alegados. En primer término, no resulta cierto que se haya negado toda indemnización a los sobrinos por el hecho de no formar parte del elenco de los parientes considerados perjudicados con derecho a la indemnización en aplicación automática de la Ley 30/1995, pues, como acaba de señalarse, se les concede una indemnización para poder resarcirse de los perjuicios económicos ocasionados por el fallecimiento de su tía, si se acredita que pagaron los gastos del sepelio. De otra parte, el fundamento de la decisión de no concederles indemnización por otros conceptos reside en no haber acreditado que el fallecimiento de su tía les haya ocasionado otros daños o perjuicios cuantificables económicamente. En consecuencia, no puede sostenerse que la resolución impugnada haya incurrido en la discriminación prohibida por el artículo 14 CE, pues no niega la indemnización por razón de las personas que la solicitan, sino por no considerar probado el presupuesto del que podía derivar el derecho a ser indemnizadas, esto es, un daño o perjuicio económicamente evaluable» (FJ 2).

«Tampoco puede estimarse la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en cuanto apartamiento inmotivado de la jurisprudencia sentada por los Tribunales, pues las recurrentes no han cumplido con los requisitos exigidos por la jurisprudencia de este Tribunal, ya que no aportan resoluciones válidas a los efectos de efectuar la comparación o el contraste entre los supuestos de hecho. Por último, como hemos declarado en la STC 181/2000, carece de fundamento sostener que la Ley 30/1995 haya introducido un régimen jurídico contrario a la prohibición de discriminación y al derecho a la igualdad del artículo 14 CE por el solo hecho de configurar un régimen especial para las indemnizaciones derivadas de daños causados mediante la utilización de vehículos a motor, por cuanto para ello sería necesario que se hubiera introducido una diferencia de trato entre personas, siendo así que el régimen especial de indemnizaciones introducido en la citada Ley no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en aten-

ción a las características y necesidades de regulación del sector de la realidad social en que acaece la actividad productora de los daños» (FJ 3).

Por último, la STC rechaza también la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, «pues no es cierto que el Tribunal abdicara de su función jurisdiccional, ni que impidiera mediante su resolución la reparación del daño con una exclusión automática de las sobrinas del derecho a la indemnización reclamada. En efecto, si bien es cierto que, como dijimos en la STC 181/2000, es posible apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la aplicación automática de los baremos contenidos en la Ley 30/1995 haya impedido efectivamente la sustanciación procesal de la total reparación del daño causado, no es esto lo verdaderamente sucedido en el caso analizado. Como ya ha quedado afirmado, el fundamento de la decisión de la Audiencia de restringir la indemnización concedida en primera instancia no reside en la automática aplicación de la Ley 30/1995, ni en la exclusión de los sobrinos del elenco de perjudicados, pues, si ello hubiera sido así, podría haberseles negado la legitimación como partes en el proceso, Sin embargo, lejos de efectuarse tal exclusión, se analizó la pretensión indemnizatoria de las sobrinas, concluyéndose en la falta de acreditación de daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el fallecimiento de su tía cuantificables económicamente, al margen de los que derivaran del pago de los gastos del sepelio. De forma que, al operarse así, no se impidió la formalización y tramitación procesal de su pretensión indemnizatoria, sino que la Audiencia Provincial, en el ejercicio legítimo de sus facultades jurisdiccionales, valoró la prueba y adoptó una decisión sobre la concurrencia del presupuesto que generaría el derecho a la indemnización, cual es la producción de un daño o perjuicio susceptible de valoración. Por consiguiente, no puede afirmarse tampoco que haya hecho expresa dejación de su función jurisdiccional» (FJ 4).

(Sentencia 244/2000, de 16 de octubre. «BOE» núm. 276, de 17 de noviembre. Sala primera. Recurso de amparo 5258/97. Ponente: Magistrados Dña. María Emilia Casas Baamonde. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): incongruencia omisiva ex silentio vulneradora del derecho

El recurrente en amparo alegaba, básicamente, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, por incurrir la Sentencia dictada en apelación que impugnaba en incongruencia omisiva al no haber dado respuesta alguna a las alegaciones conexas de cosa juzgada e infracción del principio *non bis in idem*. El TC le da la razón y le otorga el amparo.

La STC recuerda que es doctrina reiterada del TC «que resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (...). En definitiva, no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE (...), doctrina igualmente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la

interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...). A estos efectos resulta preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. De tal modo que, si bien respecto de las primeras no sería necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aunque se omita el tratamiento particularizado de alegaciones concretas nos substanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Concretamente, respecto de esta última, y para poder concluir que la omisión no alcanza relevancia constitucional, es preciso que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda razonablemente deducirse, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, cuáles son los motivos en que se fundamenta la respuesta tácita (...). Finalmente debemos añadir que, para que la denominada incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional, resulta obligado constatar que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuzgada fue efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno» (FJ 2).

En el caso concreto, la STC señala que la presunta vulneración de la excepción de cosa juzgada fue denunciada y planteada expresamente por el recurrente en su recurso de apelación, sin que la Audiencia Provincial diera respuesta alguna a la cuestión, por lo que «existe un desajuste entre el fallo y los términos en que se formularon las pretensiones deducidas, produciéndose, pues, una incongruencia omisiva *ex silentio* al dejarse de contestar, al menos, una de las pretensiones sometidas a la consideración del Tribunal *ad quem*, sin que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de una hipotética respuesta tácita. Por último, como se señala en la STC 91/1995, de 19 de junio, tampoco cabe estimar bastante, a los efectos de satisfacción del derecho contenido en el artículo 24.1 CE, el hecho de que la Sentencia de instancia haya resuelto motivadamente acerca de la excepción de cosa juzgada, de manera que el no tratamiento de esta cuestión por el órgano judicial de apelación (aunque se haya reiterado ante éste) pueda entenderse como una respuesta por remisión. Tal cual ocurría en el supuesto de hecho que dio origen a la citada STC 91/1995, y como ocurre también en el presente caso, dicha conclusión no es alcanzable cuando la remisión no se ha producido explícitamente, ni siquiera de forma genérica por aceptación expresa de los fundamentos de la Sentencia apelada, pues la afirmación de que la falta de pronunciamiento debe entenderse como una remisión implícita debe hacerse entonces sobre el terreno poco firme –y, por ello, poco acorde con la seguridad que con el Derecho se persigue– de las hipótesis o suposiciones, pues no hay forma de constatar si existió realmente una aceptación de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia, o mucho más sencillamente, un desconocimiento por el órgano judicial de alguno o algunos de los problemas suscitados. Por ello, la hipótesis de la remisión implícita no satisface las exigencias del artículo 24.1 CE» (FJ 3).

(Sentencia 253/2000, de 30 de octubre. «BOE» núm. 288, de 1 de diciembre. Sala Segunda. Recurso de amparo 3677/96. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): vulneración por haberse dictado una Sentencia en el orden jurisdiccional penal sin esperar a la resolución de una cuestión prejudicial devolutiva en el orden contencioso-administrativo. STC 30/1996

La recurrente en amparo dirigía su recurso contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que la había condenado como autora de un delito de intrusismo del artículo 321 del CP de 1973, pidiendo su nulidad por haber infringido el derecho a obtener una tutela judicial efectiva sin indefensión porque la Sala no tuvo en cuenta que en el momento de dictar el fallo se encontraba pendiente ante la Audiencia Nacional un recurso contencioso-administrativo que afectaba directamente a la homologación de su título de odontólogo, cuestión prejudicial administrativa que obligaba a la jurisdicción penal a demorar su decisión mientras no tuviera respuesta el pleito planteado en aquella otra jurisdicción. La STC señala que la cuestión planteada es idéntica en sustancia a las que se contemplan en las SSTC 3/1996, 50/1996, 91/1996 y 102/1996.

«Este Tribunal ha reconocido reiteradamente la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva (...), pero cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE. En el caso que ahora se examina ocurre que en el momento de dictarse la Sentencia penal aquí impugnada se encontraba pendiente un proceso administrativo de cuyo resultado dependía la integración de la conducta prevista en el artículo 321 CP, toda vez que, a través de él, y por el órgano jurisdiccional competente para dicho pronunciamiento, se había de determinar si el recurrente tenía derecho o no a que se le expidiera el correspondiente título oficial reconocido por convenio internacional, elemento típico del injusto del artículo 321 que, en la esfera del proceso penal, se debió de haber revelado como una cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merecer ser calificada como devolutiva y, por tanto, enmarcada en el artículo 4 LECrim (...). Por ello que, encontrándonos ante una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el Tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del artículo 3 LECrim se tratara) (STC 30/1996). En este sentido, tenía que haberse suspendido el procedimiento hasta que recayera Sentencia firme en el proceso administrativo, vulnerando, al no hacerlo así, el artículo 24.1 CE, pues la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 CE no es incondicionada, sino que ha de actuarse con arreglo a las normas que reparten el conocimiento de los asuntos entre los órganos de las diferentes jurisdicciones (STC 102/1996).

(Sentencia 255/2000, de 30 de octubre. «BOE» núm. 288, de 1 de diciembre. Sala Segunda. Recurso de amparo 4120/96. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): quiebra lógica en una Sentencia, consistente en una contradicción, vulneradora del derecho (resolución fundada en Derecho)

El recurrente dirigía su recurso contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, recaída en un procedimiento administrativo sancionador, por no considerarla razonable y fundada en derecho, alegando por ese motivo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La STC recuerda que el artículo 24.1 CE «integra entre sus diversos contenidos el derecho de acceso a la jurisdicción o, en su caso, a los recursos legalmente establecidos, para obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión planteada congruente, motivada y fundada en Derecho, resolución que, sin embargo, puede ser de inadmisión si concurren las causas legalmente previstas para ello (...). Por el contrario, el mencionado derecho constitucional no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (...). En cualquier caso, hemos afirmado también en diversas Sentencias, ya sea como mero *obiter dicta* sin trascendencia en el fallo, ya como *ratio decidendi* del mismo, que para que pueda considerarse, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, que una resolución judicial está razonada en Derecho es necesario que el razonamiento en ella contenido no sea arbitrario, irrazonable o incurra en un error patente (...). Ahora bien, en relación con la interpretación y aplicación de normas legales sin afectación de los contenidos típicos del artículo 24.1 CE (tales como el acceso a la jurisdicción o, con distinta intensidad, el derecho a los recursos), o de otros derechos fundamentales, hemos precisado en la STC 214/1999, que tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. Y ello, según prosigue la Sentencia citada, porque si bien es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (FJ 2).

En el caso concreto, la STC comprueba la existencia en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnada de una contradicción, pues «la misma efectúa, sucesivamente, dos afirmaciones incompatibles en relación con la relevancia jurídica —a efectos de la nulidad de la sanción impuesta— de la notificación

al recurrente de la propuesta de resolución con posterioridad a la fecha en que se dictó la Resolución definitiva: en un primer momento, la Sentencia afirma, sin matices de ningún tipo, que dicha notificación posterior conllevaría tal nulidad. Sin embargo, casi inmediatamente después, y una vez comprobada la existencia de notificación en fecha distinta a la que constaba en la Resolución pero también posterior a la de ésta (y en mayor número de días, además), la Sala descarta la procedencia de la nulidad solicitada sobre la base precisamente de la existencia de dicha notificación que, según razona, excluye la indefensión del recurrente» (FJ 3).

(Sentencia 256/2000, de 30 de octubre. «BOE» núm. 288, de 1 de diciembre. Sala Segunda. Recurso de amparo 1477/97. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes

La recurrente dirigía su recurso contra un Auto de la Audiencia provincial, constituida por un único Magistrado, que acordó aclarar y corregir la Sentencia dictada en apelación, en el marco de un juicio de faltas seguido ante el Juez de Instrucción a consecuencia de un accidente de tráfico, dejando sin efecto el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia por el que se elevaba la indemnización a favor de la recurrente y sus dos hermanos por fallecimiento de otra hermana en dicho accidente con la que la primera convivía, confirmando la indemnización fijada por el Juzgado. Según la recurrente, dicho Auto dictado en aclaración le había causado indefensión, al traspasar los límites establecidos por los artículos 267 LOPJ y 161 LECrim.

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), derecho que actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (...). No obstante, el artículo 267 LOPJ arbitra de manera general, a través del trámite de aclaración, un cauce excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, debiendo entenderse limitado el mismo a la función específica reparadora para la que ha sido establecido. Desde esta estricta perspectiva, esta vía aclaratoria resulta plenamente compatible con el principio de intangibilidad de las Sentencias firmes, en la medida en que dicho principio es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y éste no integra ningún derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (...). Ciertamente, en la regulación del trámite de aclaración por el artículo 267 LOPJ y, específicamente para el orden penal, por el artículo 161 LECrim, coexisten dos regímenes distintos: por un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a “aclarar

algún concepto oscuro”, “suplir cualquier omisión que contengan” las resoluciones judiciales (arts. 267.1 LOPJ) o rectificar “alguna equivocación importante” (art. 161 LECrim), expresión ésta de mayor ambigüedad, pero que ha de ser entendida en el sentido que se deriva del anterior contexto (...); y por otro lado, la rectificación de “errores materiales manifiestos” y “aritméticos”» (FJ 2).

En el caso resuelto en esta STC, la Audiencia Provincial, constituida con un único Magistrado, había acordado, en el Auto aclaratorio impugnado, dejar sin efecto la indemnización fijada en la Sentencia de apelación a favor de la recurrente y sus dos hermanos como consecuencia del fallecimiento de otra hermana en accidente de tráfico, y confirmar la establecida por el Juzgado, de menor cuantía, modificando además el criterio de reparto de la referida indemnización entre los tres hermanos. La STC señala que más que una simple aclaración de algún aspecto o extremo de la Sentencia en cuestión, el Auto introdujo una corrección en la misma, con repercusión directa en su fallo. «A este concreto respecto hemos establecido, como criterio general, que la rectificación de un error material no permite modificar los elementos esenciales de la Sentencia ni, en consecuencia, ser utilizada como remedio de la falta de fundamentación de la resolución judicial firme (...) o para anular y sustituir ésta por otra de signo diverso (...). Excepcionalmente hemos admitido, sin embargo, que la rectificación implique alteración del sentido del fallo, sustituyéndolo por otro, cuando el error material manifiesto a rectificar consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial: esto es, cuando sea evidente que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo (...). En tales casos, las rectificaciones de los errores materiales cometidos mediante el correspondiente cauce procesal, pese a desembocar en la alteración del sentido del fallo, han sido consideradas por este Tribunal acordes con el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales al no implicar la reinterpretación de la Sentencia, la corrección de errores de Derecho o la realización de operaciones jurídicas. De manera que, pese a las llamativas consecuencias de la rectificación, la utilización del artículo 267 LOPJ se consideró plenamente justificada, por ceñirse a la subsanación de errores puramente fácticos o materiales manifiestos. Todo lo cual nos ha llevado a concluir, en la STC 48/1999, que cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano jurisdiccional podrá legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación *ex* artículo 267 LOPJ, aun variando el sentido del fallo. Por el contrario, cuando la rectificación (con alteración del sentido del fallo) entrañe una nueva operación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, el órgano jurisdiccional se habrá excedido de los estrechos límites del citado precepto legal y habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las partes en el proceso (...). En cualquier caso, como indicábamos en la STC 112/1999, de 14 de junio, determinar cuándo la actividad judicial encaminada a suplir una omisión que entiende previamente padecida en su resolución se mueve adecuadamente dentro de los límites definidos en el artículo 267.1 LOPJ, sin vulnerar así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, exigirá casi siempre un cuidadoso examen de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto planteado, con

especial atención hacia el texto de la resolución judicial, pero sin perder tampoco de vista los datos fundamentales del proceso en que se ha dictado tal resolución, esto es, el contexto procesal en que la misma se enmarca» (FJ 3).

Según la STC, luego de un análisis detenido de las circunstancias del caso en su fundamento jurídico 4, la Sentencia de la Audiencia no incurrió en ningún desajuste o contradicción patente entre la fundamentación jurídica y la parte dispositiva, plenamente concordantes, y aunque, como se reconoce en el Auto de aclaración, la Sentencia incurrió en un error a la hora de aplicar el baremo de indemnizaciones previsto en la Ley 30/1995, tal error no puede ser calificado de aritmético, material o de cifra, por lo que otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

(Sentencia 262/2000, de 30 de octubre. «BOE» núm. 288, de 1 de diciembre. Sala Primera. Recurso de amparo 2169/99. Ponente: Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde. Otorga el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): prejudicialidad no devolutiva, no vulneradora del derecho

Los recurrentes en amparo alegaban, en primer lugar, que la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra Sentencia del Juzgado de lo Penal que había absuelto a aquéllos de los delitos por los que se les había acusado, desconoció la existencia de una cuestión prejudicial devolutiva civil. «Concretamente, entienden que para condenar al demandante era preciso destruir la presunción de exactitud registral derivada de la titularidad del bien inmueble adquirido por aquél en escritura pública, como punto de partida o dato de hecho esencial para apreciar la concurrencia de uno de los elementos básicos del delito de estafa por el que fue condenado. Según los recurrentes, dado que la condena se produce, precisamente, por estimar probado que el contrato de compraventa suscrito en su día con el propietario del inmueble, y causante de los perjudicados, era simulado, hubiera sido necesario que los tribunales del orden jurisdiccional civil se hubieran pronunciado sobre tal cuestión que, en consecuencia, no podía ser declarada por un tribunal del orden penal». Por ello, los recurrentes alegaban la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, considerando que este derecho «impide a los órganos judiciales pronunciarse sobre una cuestión cuyo conocimiento corresponde en principio a los órganos de otro orden jurisdiccional, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios». Sin embargo, dice la STC que la regla general «es la contraria y nuestra doctrina ha sido muy restrictiva al analizar la relevancia constitucional de la contradicción. Hemos mantenido (...) que normalmente carece de relevancia constitucional la posibilidad de que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando la contradicción es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencias que ha llevado a cabo el legislador. Dicho de otro modo (...) solamente hemos reconocido relevancia constitucional a la contradicción cuando no es consecuencia inevitable del ejercicio de la independencia de los órganos jurisdiccionales, en el marco legal vigente de distribución de la jurisdicción única entre los distintos órdenes, como ocu-

re, en especial, cuando la contradicción deriva de la diversa apreciación de unos mismos hechos desde distintas perspectivas jurídicas o cuando en virtud de la ordenación legal deba atribuirse prevalencia a un orden respecto de otro (de modo que lo resuelto en la Sentencia del primero deba ser vinculante para el segundo). Al punto que, a pesar de los inconvenientes que puede tener que dos órganos judiciales distintos puedan llegar a interpretaciones jurídicas diferentes, el necesario respeto de la independencia judicial resta relevancia constitucional a las posibles contradicciones que puedan producirse al abordar un asunto desde ópticas distintas. Por ello, en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del Ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente» (FJ 6).

Según los recurrentes, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se había producido porque los tribunales del orden penal no podían analizar la existencia de un delito de estafa sin que previamente se decidiera por el orden jurisdiccional civil la cuestión del carácter simulado o no de la compraventa del inmueble. Sin embargo, la STC señala que en el caso resuelto no existía la contradicción denunciada por los recurrentes, por cuanto que la cuestión suscitada no había sido objeto de pronunciamiento por los órganos judiciales del orden civil, a los cuales ni siquiera se les había planteado la controversia. «Pero, aun cuando situáramos esta posible vulneración desde la perspectiva adoptada por los recurrentes –la necesidad de deferir la cuestión civil a los tribunales de dicho orden jurisdiccional, por ser prevalente su decisión– la conclusión sería la misma. Dada la construcción que el órgano judicial realiza respecto de la existencia del elemento del engaño, la cuestión de la simulación de un contrato de compraventa no es sino el punto de partida del que parte el razonamiento judicial; ni siquiera es el dato relevante para apreciar la culpabilidad del recurrente..., pues basta una simple lectura de la resolución combatida para apreciar que el razonamiento judicial para apreciar la existencia de dicho elemento fue la inclusión del bien inmueble disputado dentro del caudal relicto del causante a efectos del acuerdo al que se llegó entre los herederos y su posterior exclusión cuando los demás habían realizado por su parte las ventas de otros bienes en similares condiciones, por lo que nos encontramos ante un supuesto en el que el tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le correspondía y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, lo cual no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE» (FJ 7).

En segundo lugar, los recurrentes alegaban la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, básicamente por una pretendida falta de prueba del engaño, como elemento fundamental del delito de estafa por el que se los condenó. Concretamente, los recurrentes en amparo cuestionaban la razonabilidad del discurso que unía el relato fáctico y la actividad probatoria. Sin embargo, la STC, luego de examinar la Sentencia impugnada, concluye afirmando que ésta se había basado en

verdaderos actos de prueba, practicados con todas las garantías en el acto del juicio y valorados motivadamente de modo razonado y razonable.

(Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre. «BOE» núm. 4, de 4 de enero. Sala Segunda. Recurso de amparo 211/1997. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Deniega el amparo)

Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): inexistencia de acción popular en el proceso penal militar. STC 64/1999

La recurrente en amparo, la Associació d'Informació per a la Defensa dels Soldats, dirigía su recurso contra un Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que inadmitió a trámite su recurso de casación contra Auto del Tribunal Militar Territorial, desestimatorio del de queja formulado contra Auto del Juez Togado Militar denegatorio de la personación de la entidad recurrente en la condición de actora popular en una causa penal militar. Según la recurrente, esta negativa de los órganos judiciales a admitir el ejercicio de la acción popular en el ámbito militar habría vulnerado el artículo 24.1 CE.

La STC, con cita de la STC 64/1999, que resolvió un caso idéntico, rechaza la pretendida vulneración constitucional, recordando que en el mandato establecido en el artículo 24 CE no se hace mención alguna a la acción popular, y que en el propio título constitucional que hace referencia explícita a la acción popular (art. 125 CE) se introduce como elemento que sea la ley la que haya de determinar los procesos penales en los que deba existir, por lo que «corresponden al ámbito de la legalidad ordinaria las cuestiones relativas a si en el marco del proceso penal militar, regido por las Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989, tiene o no cabida dicha acción. Es, por tanto, atribución de los Jueces y Tribunales ordinarios discernir si es aplicable en ese ámbito supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en razón de lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la última de las leyes, y determinar la eventual compatibilidad entre la regulación de la acción popular en aquélla y la Ley Orgánica 2/1989, sin que nuestro control de las decisiones judiciales pueda ir más allá de comprobar si adolece, o no, de falta de fundamento o error patente» (FJ 2).

(Sentencia 280/2000, de 27 de noviembre. «BOE» núm. 4, de 4 de enero. Sala Segunda. Recurso de amparo 1572/1997. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Deniega el amparo)

ARTÍCULO 24.2 CE

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): vulneración por inexistencia de una mínima explicitación de los fundamentos probatorios de la nueva declaración de hechos probados que basa la Sentencia condenatoria dictada en segunda instancia

Los recurrentes en amparo, en lo que se refiere al derecho fundamental por cuya vulneración se les otorgó el amparo, sostenían que la ausencia total de moti-

vacación del cambio de hechos probados verificado en Sentencia dictada en segunda instancia, que había revocado una Sentencia absolutoria, vulneraba su derecho a la presunción de inocencia.

La STC recuerda que la total ausencia de fundamentación del relato fáctico afecta al derecho a la presunción de inocencia, «por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al efecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado» (FJ 2). Añade la STC que la necesidad de explicitar los fundamentos probatorios del relato fáctico debe ser respetada tanto en el marco de la prueba indiciaria como en el de la prueba directa. «La prueba indiciaria puede ofrecer mayores dificultades en la afirmación de la existencia de una base probatoria mínima pero firme capaz de enervar la presunción de inocencia (...), ya que los hechos punibles o la intervención del acusado en ellos se acreditan mediatamente a través de la prueba de otros hechos que sirven de puente entre la prueba practicada y aquéllos, y, por tanto requieren una doble conexión lógica —de la prueba a los indicios y de éstos a los hechos declarados probados—. Pero la prueba directa, para ser conectada con los hechos probados, requiere también, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación. Esto es lo que sucede en casos como el examinado, en los que el hecho que ha de ser probado —el perjuicio económico— no puede ser acreditado mediante la percepción sensorial. Sin embargo, ello no significa que esta clase de hechos sólo puedan ser acreditados mediante prueba indiciaria o indirecta, sino tan sólo que la conexión directa entre las pruebas y tales elementos del tipo no se establece en el plano sensible; sino que se trata de una conexión de sentido, que ha de resultar explícita, so pena de vulnerar las exigencias constitucionales dimanantes de la presunción de inocencia» (FJ 2).

En el caso concreto, la Sentencia condenatoria impugnada en amparo había revocado los hechos probados declarados en la Sentencia dictada en primera instancia, declarando los nuevos hechos probados, sin que en ninguna parte de la misma se encontrara declaración expresa ni manifestación alguna de la que se pudiera inferir el fundamento probatorio del nuevo relato de hechos probados, por lo que la STC concluye señalando que «la Sentencia condenatoria carece de la necesaria expresión de las razones que pudieran avalar la alteración del sentido de los hechos probados. Así, no sólo no explicita el resultado de la nueva valoración de la prueba, determinando el montante del perjuicio y demás elementos del tipo penal, sino que ni tan siquiera menciona o selecciona, del conjunto material probatorio que consta en autos, las pruebas tomadas en consideración para sustentar el nuevo relato de hechos probados» (FJ 4).

(Sentencia 5/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Segunda. Recurso de amparo 1994/96. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): pruebas de cargo independientes

Nuevamente se refiere el TC al problema de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales sustantivos y su conexión con otras pruebas concurrentes. Según el recurrente, se le habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al haberse verificado el registro del domicilio sobre la base de un Auto que no exteriorizaba los elementos que podrían avalar la proporcionalidad de la medida, por lo que, invocando lo dispuesto en el artículo 11 LOPJ, alegaba la nulidad del registro y de toda la prueba derivada del mismo.

La STC advierte inicialmente que el otorgamiento del amparo con el efecto de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, entre ellas la condenatoria, no es consecuencia necesaria y directa de la apreciación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues «la declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de derechos constitucionales. De un lado, ha de tenerse presente que efectivamente la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Este Tribunal tiene afirmado que “la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (...)”. De otro lado, no puede olvidarse que «es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (...). De manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas (...), ya que las pruebas derivadas pueden ser constitucionalmente legítimas, si ellas no se han obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental; consecuencia de ello es que no pueda sostenerse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (...). La transferencia del carácter ilícito, de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuricidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho (...). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuricidad» (FJ 2).

En cuanto al ámbito específico de las pruebas obtenidas en registros domiciliarios, dice la STC que ha de partirse de que, al igual que el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es de los que definen el estatuto procesal básico de la persona, por lo que, afirmada la lesión de

este derecho, «la ilicitud constitucional del registro impide valorar como prueba de cargo, en primer lugar, el acta donde se recoge el resultado del mismo y las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevan a cabo, pues tales pruebas “no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental”; en segundo lugar, tampoco las declaraciones de los demás testigos que hubieran asistido al registro pueden servir para incorporar al proceso lo hallado, pues “aunque no pudiera afirmarse que la actuación de éstos haya vulnerado, por sí, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, tampoco constituye una prueba derivada que, siquiera, desde una perspectiva intrínseca, pueda estimarse constitucionalmente lícita” ya que, en realidad, tales declaraciones no aportan al juicio un nuevo medio probatorio, obtenido a partir del conocimiento adquirido al llevar a cabo la entrada y registro, sino simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita, de forma que, “al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte”» (FJ 3).

A continuación, la STC aclara que lo anterior «no significa que lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio haya de tenerse por inexistente en la realidad, ni tampoco que lo hallado no pueda ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba». En particular, la STC se refiere a la declaración del propio acusado, considerando que es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. «La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica –derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, y asistencia letrada– constituye “un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima”; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la “espontaneidad y voluntariedad de la declaración”, de forma que la “libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito [y] desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (STC 161/1999, fundamento jurídico 4.º)» (FJ 3).

La STC señala que en el caso concreto, ni el Auto ni la solicitud judicial que se pretendía integrar en el mismo, exteriorizaban la suficiente información que permita realizar una ponderación de los intereses en juego y un juicio sobre el carácter proporcional de la medida. Dice al respecto la STC que «la autorización ha de expresar los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia domiciliaria, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo (STC 41/1998, fundamento jurídico 34), de otro, está delimitada de forma espacial, temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autoriza (139/1999, fundamento jurídico 10). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito– con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (...). Como ha recordado recientemente este Tribunal reco-

giendo la doctrina de la STC 49/1999, “[l]a relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (...). Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios, en buenas razones, o fuertes presunciones (SSTEDH caso Klass, caso Ludi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual artículo 579 LECrim en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1), o indicios de la responsabilidad criminal (art. 579.2)”» (FJ 4).

La STC, al examinar el Auto y la solicitud policial de entrada y registro, se refiere a la confidencialidad de las informaciones sobre las sospechas acerca de la relación entre la titular del domicilio y la investigación delictiva. Dice la STC que esa confidencialidad, es decir, la falta de explicitación del origen de la fuente de información no tiene el efecto invalidante automático que el recurrente pretendía, «pues, de un lado, la falta de especificación de la fuente de información puede deberse a razones de discreción que aconsejen proceder de modo no absolutamente explícito (...), y, de otro, pueden expresar de forma implícita que “el sustento de la sospecha en sí tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías” que solicitan la medida (STC 166/1999, fundamento jurídico 8.º). Por ello, en el caso de la reciente STC 166/1999 la existencia de noticias confidenciales fue ponderada por este Tribunal, junto a otros extremos, para entender que la autorización judicial de la medida –en aquel supuesto una intervención telefónica– se había adoptado sobre la base de sospechas objetivas, que se sustentaban en un cúmulo de circunstancias de las que había constancia expresa en la resolución judicial integrada con la solicitud policial. Ahora bien, el hecho de que el carácter confidencial de la fuente de información no invalide automáticamente la existencia objetiva de los hechos o circunstancias que constituyen el contenido de las informaciones que aportan, no significa paralelamente que, en ausencia de cualquier otro dato, circunstancia o elemento de convicción que corrobore la existencia de la realización del delito investigado y la conexión de la persona investigada con el mismo, las “noticias confidenciales” puedan valorarse como elemento de convicción suficiente para sustentar las sospechas» (FJ 6). En el caso concreto, añade la STC, «teniendo en cuenta el propio contenido de la información aportada confidencialmente, la ausencia de cualquier investigación para acreditar la veracidad de la existencia del delito conocido confidencialmente y la total carencia de cualquier otro dato capaz de acreditar la propia objetividad de las «noticias confidenciales», deben conducir a la conclusión de que la autorización judicial, ni por sí misma ni integrada con la solicitud policial, exteriorizó los extremos necesarios para considerar que existían sospechas y no meras conjeturas de la comisión de un delito y de la conexión de la persona investigada con el mismo» (FJ 7). Respecto al contenido de la Sentencia condenatoria impugnada, señala la STC que en ella se valoró como prueba de cargo, no el acta del registro, pero sí las declaraciones de un policía y una testigo presentes en el registro; valoración que vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías, pues constituyen la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental y han sido utilizadas frente a la víctima de dicha vulneración de-

sequilibrando el proceso en su contra; y aunque el recurrente no era el titular de la vivienda, convivía en ella con quien sí lo era (coimputada). Sin embargo, añade la STC, «el hallazgo del paquete y las papelinas fue incorporado al proceso mediante las declaraciones, en el plenario y durante la instrucción, de la coimputada, que no varió su contenido en ningún momento, y a través de las propias declaraciones del acusado...». El TC examina entonces si la prohibición constitucional de valoración de las pruebas obtenidas mediante la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, era extensible a estas pruebas, que en sí mismas no adolecían de ninguna ilicitud constitucional, no existiendo entre las pruebas iniciales y estas pruebas derivadas la conexión de antijuricidad requerida a tal efecto. Dice la STC que «la libertad de decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite romper desde una perspectiva interna «cualquier conexión causal» con el acto ilícito, y desde una perspectiva externa atenúa las necesidades de tutela del derecho sustantivo lesionado que podrían justificar su «exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental» [fundamento jurídico 4.º (STC 161/1999)]. Por consiguiente, ha de sostenerse que la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado —efectuadas antes el Juez de Instrucción durante el careo con la coimputada— y el ilícito registro, no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuricidad entre ambos, dado que se efectuaron con todas las garantías y que la libertad de decisión del acusado al prestarlas permite la ruptura jurídica, tanto desde una perspectiva interna como externa, del enlace causal existente entre la confesión y el acto vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello ha de hacerse extensible por idénticas razones a las declaraciones prestadas por la coimputada no sólo durante el juicio oral, sino ante el Juez de Instrucción en un primer momento y en el mencionado careo. Estas pruebas son suficientes para contestar negativamente las pretensiones de la demanda de amparo, sin necesidad de entrar a analizar, siquiera desde la perspectiva constitucional, la validez de otras pruebas. Afirmada la licitud constitucional de las pruebas consistentes en las declaraciones de los coimputados, queda refutada la pretensión de nulidad de las sentencias condenatorias derivada de la pretendida nulidad de toda prueba conecada causalmente con el registro» (FJ 10), por lo que concluye declarando sólo la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin llegar a declarar la lesión del derecho a la presunción de inocencia.

(Sentencia 8/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Primera. Recurso de amparo 3507/1996. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga parcialmente el amparo)

Derecho al Juez imparcial (art. 24.2 CE)

El recurrente en amparo, Concejal de un Ayuntamiento, había sufrido una denuncia, presentada por el Alcalde del mismo Ayuntamiento, por las manifestaciones que contra él había vertido aquél en distintos medios de comunicación. El Juzgado de Instrucción decretó el sobreseimiento, contra el que se presentó por el denunciante recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que lo estimó parcialmente, ordenando la tramitación de juicio de faltas, por entender que al menos

una de las expresiones vertidas por el denunciado podría constituir una falta de vejación injusta de carácter leve. El juicio de faltas desembocó en una Sentencia absolutoria, pero ésta, una vez interpuesto recurso de apelación, fue revocada por otra condenatoria, por la mencionada falta del artículo 585.4 del Código Penal de 1973 (hoy 620.2). Esta apelación se sustanció ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, de composición unipersonal, turnándose el asunto al mismo Magistrado que en su día revocó, como parte de la Sala, el archivo del mismo asunto decretado por el Juez Instructor. El recurrente en amparo denunciaba la vulneración de los derechos al Juez imparcial y a la libertad de expresión. El primero, basado en la falta de imparcialidad objetiva del Magistrado autor de la Sentencia impugnada, y el segundo por entender que la frase que motivó su condena fue efectuada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debiéndose tener en cuenta su condición de Concejal portavoz de la oposición municipal, y la de Alcalde del denunciante, así como que el contenido de sus manifestaciones estaba referido a un asunto de relevancia pública.

En cuanto a la primera vulneración alegada por el recurrente, rechazada por el TC, recuerda la STC que la imparcialidad judicial es una garantía esencial de la función jurisdiccional y que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. «La primera exige que el Juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto. La imparcialidad objetiva puede darse cuando los Magistrados no han tenido contacto anterior con el *thema decidendi*, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto. En la STC 157/1993, de 6 de mayo, se expone bien esta doctrina, con especial consideración de la imparcialidad objetiva, que es la que en este caso nos interesa particularmente. Quedó establecido en esta STC 157/1993: “A los fines de la garantía de las exigencias de imparcialidad objetiva que derivan del artículo 24.2 CE, el artículo 219.10 LPPJ configura como causas de abstención y, en su caso, de recusación del Juez –vale recordar– las de haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto pleito o causa en anterior instancia. La garantía de la imparcialidad objetiva así asegurada tiene en ambos casos –a los solos efectos aquí importan– un común sentido, por lo demás evidente: la Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor”. Y se agrego allí: “Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro –en el juicio o en el recurso– una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción”» (FJ 4).

Es decir, es la previa intervención en el proceso penal lo que adquiere relevancia en el caso resuelto por el TC. Recuerda la STC que el TC «ha establecido unos cánones de inconstitucionalidad aplicables a las previas intervenciones de los

juzgadores en los procesos penales en los que ellos dictan las Sentencias. Así, se consideró la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación (...). También se estimó que eran constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (...). Sin embargo, no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el Juez que decide la admisión de una denuncia o una querrela. Como dijimos en la STC 41/1998, de 24 de febrero (FJ 16), en esta fase del procedimiento el órgano judicial competente para recibir la denuncia (o querrela) “tiene muy escaso margen de decisión; está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones”» (FJ 4). La STC entiende que una decisión de levantar el sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, que es lo acontecido en el caso resuelto, no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad, por lo que concluye que no se conculcó al recurrente el derecho a la imparcialidad objetiva del juzgador.

(Sentencia 11/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Primera. Recurso de amparo 3450/97. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Derecho a la defensa y asistencia letrada (art. 24.2 CE): vulneración por inactividad del Abogado de oficio

La STC reitera que «los órganos judiciales han de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airrey), 13 de mayo de 1990 (caso Artico) y 25 de abril de 1983 (caso Pakelli), proporcionar asistencia letrada real y operativa. Esta exigencia, por lo demás elemental y obvia, conecta a su vez con nuestro criterio de que la indefensión, concebida como la negación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 24.2 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a la víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso en esta sede se ha hablado siempre de indefensión material y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta cuando se produce de hecho como consecuencia de aquélla. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca» (FJ 2).

En el caso concreto, el TC apreció la vulneración del derecho a la asistencia letrada del recurrente en amparo, con menoscabo de su derecho de defensa, en un asunto de especial interés para el recurrente como era la redención o la negación de los beneficios penitenciarios por la aplicación del artículo 78, en un expediente de

acumulación de condenas, sin que se hubiera producido un nombramiento específico de Abogado de oficio para este procedimiento, habiendo permanecido inactivo el Abogado de oficio designado en el proceso anterior. El TC concede el amparo y retrotrae las actuaciones al momento de incoación del expediente de acumulación de condenas, a fin de que el Juzgado requiera al penado recurrente para que designe Procurador y Abogado a su costa que le representen y defiendan, o, en otro caso, se le nombren de oficio.

(Sentencia 13/2000, de 17 de enero. «BOE» núm. 42, de 18 de febrero. Sala Primera. Recurso de amparo 1654/99. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Otorga el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) e in dubio pro reo. Prohibición de la reformatio in peius (art. 24.1 CE)

El recurrente en amparo formulaba tres tipos de vulneraciones. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, la vulneración de la prohibición de la reforma peyorativa, y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber padecido indefensión. El TC estima el recurso por esta última vulneración.

El cuanto a la presunción de inocencia, recuerda la STC que «cualquier condena penal ha de basarse en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y oralidad y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia de un hecho punible y la participación que en él tuvo el acusado (...) Teniendo en cuenta la valoración de la prueba realizada en este caso por los órganos judiciales, conviene recordar también la doctrina que hemos elaborado sobre la posibilidad de que las declaraciones de la víctima (incluso como único testigo) puedan erigirse en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Hemos mantenido (...) que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador» (FJ 2).

En el caso concreto, el TC no aprecia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque las dos Sentencias impugnadas habían basado la culpabilidad del recurrente en la declaración de la víctima en el juicio oral, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Una vez constatada la existencia de prueba, dice la STC que «no corresponde a la jurisdicción de este Tribunal atender la pretensión de nueva valoración de la prueba que funda la queja del recurrente, ni, como si fuera una tercera instancia, revisar o sustituir a los órganos jurisdiccionales penales en la valoración del significado y trascendencia de los distintos elementos de prueba sobre los que se ha fundamentado la condena, como hemos declarado en multitud de ocasiones» (FJ 3).

El TC concluye también que carece de trascendencia constitucional la alegación sobre la inaplicación del principio *in dubio pro reo*. «Desde la perspectiva constitucional, mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, como perteneciente al con-

vencimiento –que hemos denominado subjetivo– del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (...), como ocurre en este caso» (FJ 4).

La STC analiza a continuación la pretendida vulneración de la prohibición de reforma peyorativa, que aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, «representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión. También hemos sostenido que es trasladable al recurso de apelación lo dispuesto en el artículo 902 LECrim para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (...). De forma expresa y reiterada hemos aplicado la anterior doctrina a la fase de apelación dimanante, como en este caso, de un previo juicio de faltas (...). Finalmente, hemos mantenido que respecto de la acción civil derivada del ilícito penal (ámbito al que se contrae la presente demanda) rige también la imposibilidad de alterar en perjuicio del único apelante las indemnizaciones concedidas en la instancia, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, salvo que existan otros recursos de apelación autónomos o adherentes al recurso del apelante, pues en este caso se incrementa el alcance devolutivo del recurso y, por ello, los poderes del órgano de apelación (...). En definitiva, desde el punto de vista de la acción civil anudada a la acción penal, se producirá la *reformatio in peius* cuando la modificación operada en fase de apelación no sea consecuencia de una petición deducida ante el Tribunal, bien a través de la formulación de un recurso de casación, bien por medio de la adhesión a cualquiera de los recursos admitidos por el órgano judicial» (FJ 5).

En el caso concreto, interpuesto por el recurrente recurso de apelación, la apelada había presentado escrito ante el Juzgado de Instrucción en el que pedía que se elevara la indemnización, lo que llevó al Tribunal de apelación a considerar a la denunciante como apelante-adherente y a analizar su pretensión, estimándola parcialmente, por lo que, dice la STC, «el órgano judicial realizó una interpretación ajustada a lo dispuesto en el artículo 795.4 de la ley procesal penal y, por lo tanto, pudo conocer más allá de la pretensión del apelante, pues la adhesión a la apelación es un vehículo apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal, si el Tribunal entiende razonablemente que el escrito de impugnación contiene, además, una pretensión de reforma de la Sentencia de instancia aprovechando que la contraparte estimó oportuno, en defensa de su derecho, interponer recurso de apelación contra la Sentencia. En su consecuencia, no existe lesión alguna al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque no existe reforma peyorativa alguna al dar respuesta los órganos judiciales a una pretensión de una de las partes del proceso, que el órgano judicial entendió correctamente formulada» (FJ 6).

(Sentencia 16/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 1476/96. Otorga el amparo. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla)

Derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE). Principio acusatorio

En esta Sentencia el TC hace, previamente al examen del recurso de amparo, unas declaraciones sobre el proceso penal y su significado. Dice la STC que «ha de tenerse presente que si el ejercicio del *ius puniendi* corresponde en exclusiva al Estado (...) y ha de llevarse a cabo exclusivamente en un proceso con todas las garantías, ello es consecuencia no sólo de que puede conducir a la imposición de la sanción más grave prevista en el Ordenamiento jurídico, la sanción criminal, sino también de que en dicho procedimiento pueden adoptarse medidas susceptibles de afectar al bien sagrado de la libertad del acusado y, en su caso, a los derechos fundamentales de otros intervinientes, como los testigos (...). En correspondencia con este significado y alcance del proceso penal, la Constitución ha establecido para este proceso y en favor del imputado o acusado, “un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí” en su artículo 24 (...). De suerte que cada una de las fases del proceso penal –iniciación (...); imputación judicial (...); adopción de medidas cautelares (...); Sentencia condenatoria (...); derecho al recurso y a la doble instancia (...)- se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de el mismo proceso penal comience (...), la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige tal pretensión» (FJ 3).

En cuanto al principio acusatorio, recuerda la STC que «forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal, incluidas asimismo como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE (...). Este principio rige en todos los procesos penales (...) y en cada una de las instancias de los mismos (...), e implica, entre otros contenidos, que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria» (...). Ahora bien, dicho esto, a los fines del presente caso interesa subrayar, de un lado, que ese derecho presupone, obvio es, la existencia de la acusación misma (...). De otro y más fundamentalmente, que la inobservancia del derecho a ser informado de la acusación puede producir, además, el resultado de la indefensión constitucionalmente prohibida (art. 24.1 CE), como se ha declarado en las SSTC 9/1982, de 10 de marzo, y 54/1985, de 18 de abril. De suerte que el conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan (...), ni tampoco es posible, por añadidura, que se lleve a cabo una defensa contradictoria ni que se dé la igualdad de armas procesales entre acusación y defensa, cuya lesión también genera indefensión» (FJ 4).

En el ámbito específico del procedimiento abreviado, recuerda la STC que de su doctrina se desprende, «en primer lugar, que la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora, y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto de acusación. En segundo lugar, la garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del Auto de procesamiento e

implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente del de designar Abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 LECrim. En tercer lugar, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE (...). La imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al artículo 24 CE, y por ende acreedora de la sanción procesal de la prueba prohibida (art. 11.1 LOPJ)» (FJ 5). El TC insiste en que la instrucción no puede tener lugar a espaldas del imputado, con quiebra del principio acusatorio e indefensión.

En el caso concreto, «en ningún momento anterior al Auto de incoación del procedimiento abreviado el Juzgado atribuyó al hoy recurrente de amparo la condición procesal de imputado ni se le informó de sus derechos. Aunque en su primera declaración, efectuada como testigo, se le leyó el escrito de denuncia, no cabe atribuir a este hecho la calificación de acto de imputación judicial, pues declaró en calidad de testigo y, por lo tanto, con obligación de decir verdad, y no estuvo asistido por Letrado. En consecuencia, no sólo resultó infringido el artículo 118 LECrim, sino también el deber del órgano judicial de ilustrar al interesado de la existencia de una causa abierta en su contra, para garantizar su defensa durante la instrucción (...). Deber que se origina no sólo por el hecho de la detención, sino por la propia imputación de parte, que debe dar lugar a la correspondiente imputación judicial si se admite la denuncia o la querrela o si se realiza cualquier acto procesal que suponga la atribución del hecho punible» (FJ 6).

Por último, la STC examina el significado y efectos del Auto de incoación del procedimiento abreviado previsto en el artículo 790.1 LECrim, recordando, con cita de la STC 186/1990, que «la fase de preparación del juicio oral en este proceso (el abreviado) no tiende, a diferencia también de lo que ocurre en la fase intermedia del procedimiento común, a dar oportunidad a las partes para que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva. Y se añade que la admisión de las diligencias complementarias, que pueden solicitar las acusaciones en dicha etapa intermedia (art. 790.1 LECrim), es excepcional, y queda limitada, exclusivamente a los supuestos de imposibilidad de formular la acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos (art. 790.2 LECrim). De modo que, aunque tales diligencias tengan naturaleza instructora, ello no quiere decir que, por esta vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones a completar o ampliar la totalidad de la instrucción previa sin intervención del imputado. De lo que se desprende con claridad que la apertura de la fase intermedia —a través del Auto de incoación del procedimiento abreviado previsto en el art. 790.1 LECrim— supone necesariamente la clausura de la fase anterior de instrucción, sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella. Y como consecuencia de lo anterior, el Auto de incoación del procedimiento

abreviado no sólo tiene el significado de clausurar de manera implícita la anterior fase de instrucción (STC 186/1990, FJ 8), sino que por la propia naturaleza y características de esta fase procesal, impide al imputado solicitar nuevas diligencias o tener conocimiento de las ya practicadas, o pedir el sobreseimiento. Con mayor motivo esto es así cuando, como en este caso, el denunciado ni siquiera había adquirido previamente la condición de imputado y todavía no se había personado con Abogado ni Procurador en las actuaciones. Por ello, la segunda declaración efectuada por (el recurrente) en la fase intermedia fue improcedente y extemporánea. Pero aunque entonces contó con la asistencia de Abogado y fue ilustrado de sus derechos, esta circunstancia no fue capaz ya de subsanar la vulneración del principio acusatorio, puesto que la instrucción se había desarrollado en su totalidad a espaldas del recurrente (...). Lo que sin duda constituye un menoscabo de su derecho de defensa» (FJ 7).

La STC otorga el amparo, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a aquel en que fue dictado el Auto de continuación de la tramitación por los cauces del Cap. II del Libro IV de la LECrim.

(Sentencia 19/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 2806/96. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Expulsión de un extranjero del territorio español: su carácter de sanción administrativa sujeta a control jurisdiccional. La autorización del Juez penal para que la Administración expulse a un extranjero, acusado de haber cometido un delito menos grave, antes de celebrar el juicio oral, no es una sanción ni le priva de sus derechos de defensa ante el Juez contencioso-administrativo. Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de extranjeros en España

En el caso resuelto por esta STC, el recurrente en amparo, súbdito chino, impugnaba los Autos del Juzgado de Instrucción que habían autorizado su expulsión del territorio español, alegando la vulneración del «artículo 24.2 CE en lo que concierne al principio acusatorio, porque se habría ordenado la expulsión del recurrente sin que existiese acusación en la causa abierta contra él; el derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que –según el recurrente– la expulsión se dictó en una fase procesal en la que aún no había quedado delimitada la legitimación pasiva del recurrente; el derecho a la presunción de inocencia, ya que se le expulsó sin que existiese base fáctica suficiente para imputarle los delitos de que esa acusado; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, a cuyo efecto alega que no se practicó una prueba admitida por el Juzgado finalmente, estima que le ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto que el Juzgado de Instrucción rechazó el recurso de reforma con una interpretación legalista y opuesta al indicado derecho fundamental» (FJ 1).

El TC advierte que «la demanda parte de una premisa incorrecta, cual es la de calificar como sanción a la resolución judicial impugnada, que autoriza la expulsión del recurrente del territorio español. La autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de ex-

pulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración, y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional. En efecto, este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del artículo 25.1 CE (...) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (...), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (...). Sin embargo, en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero encartado, de conformidad con el primer párrafo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una sanción sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero condenado (prevista en el segundo párrafo de dicho artículo, que ha de entenderse modificado por el artículo 89.1 del nuevo Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello (...), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el artículo 21.2, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 7/1985 (...), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia» (FJ 3).

Con carácter previo, recuerda también el TC que «los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (...). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (...), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre. La STC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, han precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los artículos 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus artículos 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que «el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona

o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas». Del referido precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se derivan los límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país. El primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión. Si se cumplen esas garantías, cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión puedan ser delictivos (art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de Extranjería), intervención judicial que supone para este extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativo de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 21.2, párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención».

El recurrente en amparo había alegado la vulneración del principio acusatorio, por haber permitido las resoluciones impugnadas que se le hubiera impuesto una sanción (la expulsión del territorio español) sustitutiva de la eventual condena penal, sin que existiera acusación formal en la causa por el Ministerio Fiscal, al hallarse el procedimiento penal en la fase de diligencias previas. «Dado que la Ley Orgánica/1985 condiciona la viabilidad de la solicitud de expulsión en los supuestos de encartamiento por delitos menos graves, una vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, nada impide que pueda resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas diligencias previas. En consecuencia, cuando un extranjero se encuentra encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, una vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión del extranjero» (FJ 5).

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por haberse concedido la autorización judicial para la expulsión sin que existiere prueba de cargo suficiente para imputar al recurrente la comisión de los delitos objeto de las diligencias previas, la STC insiste en que el recurrente «parte de

la premisa errónea de considerar como sanción a la autorización judicial de expulsión. El Auto impugnado no contiene una sanción, no es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, por lo que carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia. El efecto procesal inmediato de la autorización judicial prevista en el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/1985 es la paralización, respecto al demandante de amparo, de un procedimiento penal en fase de diligencias previas. El Juzgado de Instrucción autoriza, en efecto, a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión, y para ello se limita a verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no imputado en un proceso penal por delitos menos graves, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (arts. 21.2 y 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985). Todo ello, sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativa, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 7/1985 y STC 115/1987, de 7 de julio)» (FJ 6).

La STC rechaza las otras alegaciones del recurrente, desestimando, en consecuencia el recurso de amparo.

(Sentencia 24/2000, de 31 de enero. «BOE» núm. 54, de 3 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 1543/97. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Deniega el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): carga de la prueba; necesidad de una mínima actividad probatoria

La STC otorga el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), señalando que esta presunción «comporta en el orden penal, entre otras consecuencias, que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal recaiga exclusivamente sobre la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por este Tribunal Constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho inculminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo, al sumario: Averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa (STC 209/1999, de 29 de noviembre)» (FJ 4).

Otra característica de la presunción de inocencia, añade la STC, consiste en la necesidad de que se haya producido una mínima actividad probatoria de signo inculminatorio. El TC reitera que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en

presencia del juzgador. Ahora bien, según la STC, aunque el atestado de la Policía equivale, en principio, a una denuncia, «también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables que, expuestos por los agentes de la Policía Judicial con su firma y las demás formalidades exigidas por los artículos 292 y 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser calificados como declaraciones testificales. Es claro que hay partes de ese atestado con virtualidad probatoria propia cuando contenga datos objetivos y verificables, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos *in fraganti*, la constancia del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los vestigios o huellas, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los planos o croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan muchas de ellas en el concepto de la prueba preconstituida o anticipada. Ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias (SSTC 209/1999, por todas). En estos casos se ha admitido, «aunque de forma excepcional, un cierto valor de prueba a determinadas actuaciones policiales, en las que concurre el doble requisito de tener por objeto la mera constatación de datos objetivos y de ser irrepetibles, es decir, de imposible reproducción en el juicio oral. Cuando al dato de la objetividad se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de ser introducida en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción de las partes» (STC 303/1993, de 25 de octubre)» (FJ 5).

En el caso concreto, los policías municipales que habían firmado el atestado no comparecieron en el juicio oral y, por consiguiente, no ratificaron dicho documento, y tampoco fue introducido el atestado en el plenario mediante su lectura. En la vista oral sólo se escucharon las versiones del accidente ofrecidas por los conductores de los dos vehículos que habían colisionado, ambas radicalmente opuestas. «La valoración del conjunto de los medios de prueba, función privativa del juzgador, “presenta dos dimensiones, primera la calificación de la validez o licitud de cada prueba practicada, una a una y luego la ponderación de la eficacia, capacidad persuasiva o fuerza convincente del conjunto, en conciencia pero según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de su revisión en la vía de amparo si a ello hubiere lugar por estar comprometido un derecho fundamental especialmente protegido, remedio constitucional que, por otra parte, tiene un talante subsidiario” (ATC 87/1995, de 7 de marzo). Pues bien, en esa situación estamos ahora. El Juez actuó en esta fase *per saltum*, dando peso dirimente a un documento, el atestado, incorporado materialmente a las actuaciones preliminares, pero no introducido en el acto del juicio, sin que su contenido en la parte que fue decisiva para formar la convicción —la reseña o descripción de los daños sufridos por cada vehículo y la conclusión de los agentes— fuera ratificado por quienes lo redactaron, impidiendo, pues, el análisis crítico en debate abierto y contradictorio. La prueba así utilizada carece de validez desde la perspectiva constitucional y esa invalidez la priva de eficacia en juicio. No puede entrar a formar parte del acervo probatorio y, menos aun, servir de factor dirimente entre otros elementos contrapuesto» (FJ 6).

(Sentencia 33/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 484/95. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende)

Derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE)

La STC recuerda que «el derecho al Juez predeterminado puede quedar en-tredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (...). En efecto..., la figura del Juez predeterminado implica que haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de especial o excepcional, funcionando como garantía de la independencia e imparcialidad de la judicatura, valores constitucionalmente protegidos por tal derecho fundamental, sólo la generalidad y la abstracción y, en definitiva, la impersonalidad de criterios legales apriorísticos, impide la utilización de Jueces *ad hoc* y su preexistencia respecto de cada litigio concreto asegura que, una vez determinado en su virtud quien haya de ser el juzgador, se produzca la llamada *perpetuatio iurisdictionis* y no pueda ser privado de su conocimiento en virtud de decisiones como la enjuiciada, producto de una tergiversación de la Ley que deja entrever el empeño del Juez de Instrucción en hacer suyo el asunto, pese a no ser de su competencia, por motivos que ponen seriamente en tela de juicio la imparcialidad objetiva. En fin, y como corolario de lo dicho, está claro que debe darse amparo a quien lo pidió con la anulación de una tal Sentencia por haber soslayado al Juez predeterminado en la ley y con el reenvío del asunto al que era y siguen siendo competente para su enjuiciamiento» (FJ 2).

En consecuencia, la STC declara la nulidad de las Sentencias impugnadas y retrotrae lo actuado al momento procesal oportuno para la celebración del juicio de faltas ante de Juez de Paz competente.

(Sentencia 35/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3932/95. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La prueba de indicios: requisitos

El recurrente en amparo había sido condenado como autor de un delito de robo de uso de vehículo de motor (art. 244.1 y 2 CP), alegando en su recurso la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por entender que no había prueba de cargo sobre los hechos que se le imputaban, ya que, a su juicio, por ningún medio de prueba habría quedado acreditado que quien conducía el vehículo previamente sustraído (el recurrente) era también autor de la sustracción.

La STC reitera «que la prueba de cargo puede ser por indicios, esto es, por inferencia lógica a partir de otros hechos, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y b) Los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que sea explicitado en la Sentencia. La irrazonabilidad podrá producirse tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no

conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente de la inferencia, por excesivamente abierta, débil o indeterminada (...). Finalmente, en las mismas Sentencias ya reseñadas hemos subrayado que el control de los requisitos anteriores en un proceso constitucional de amparo ha de ser extremadamente cautelosa, al carecer este Tribunal de la necesaria inmediación en la actividad probatoria, que sólo tiene lugar en presencia del órgano judicial que ha de decidir el proceso y con intervención de las partes» (FJ 2).

En el caso concreto, la STC señala que el recurrente «conducía, hacia las dos treinta horas de la madrugada del día 10 de abril de 1993 un vehículo sustraído horas antes, la noche anterior. Ante el alto policial, el vehículo sustraído se dio a la fuga hasta que, al salirse de la carretera y volcar, interrumpió su marcha. En el momento de la detención, el vehículo presentaba señas evidentes de manipulación en el sistema de arranque eléctrico («puente»)). De estos hechos, tanto el Juzgado de lo Penal, como la Audiencia Provincial, infirieron que el conductor del vehículo en el momento de la detención era también autor de la previa sustracción del vehículo, especialmente por la circunstancia del escaso tiempo transcurrido entre el momento de la sustracción y el momento de la detención, que se consideró no superior a tres horas. Precisamente, es este aspecto temporal el que centraba la invocación de vulneración del artículo 24.2 CE, alegando el recurrente que no había quedado probado en el juicio oral que el lapso entre la sustracción y la detención hubiera sido de tres horas como máximo. Frente a ello, la STC señala que es cierto «que en el acta del juicio oral tan sólo queda reflejado que la sustracción tuvo lugar durante la noche del día 9 de abril y antes de que el propietario del vehículo saliera del lugar en que se hallaba cenando. Pero de esta indeterminación en el acta del juicio oral no se pueden extraer mayores consecuencias sobre la existencia de prueba de cargo: En primer lugar no es tarea de este Tribunal la reelaboración del relato fáctico (con la única ayuda del acta del juicio oral) frente a la relación de hechos probados que expresamente se detallan en la Sentencia de instancia; en segundo lugar, el (hipotético) desconocimiento del momento exacto de la sustracción no puede negar la realidad del hecho base principal: que la sustracción se produjo en la noche (del día 9 de abril) a la que siguió la madrugada de la detención (del día 10 de abril); y en tercer lugar el lapso entre sustracción y detención no fue el único hecho probado en el juicio oral: También quedó acreditado el hecho de la fuga, el de que el condenado era el conductor del vehículo y el de que el arranque eléctrico del vehículo había sido manipulado. Se constata, por tanto, que los órganos judiciales han partido, en la probanza del hecho penado, de otros hechos plenamente probados» (FJ 3).

(Sentencia 44/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 2476/1997. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Deniega el amparo)

Derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa (derecho a la prueba): no suspensión del juicio oral por incomparecencia de un testigo propuesto, no considerado relevante

El recurrente en amparo impugnaba en su recurso la decisión de la Audiencia Provincial de no acceder a la solicitud de suspensión del juicio oral por la incomparecencia del testigo por él propuesto y de acordar su continuación, prescin-

diendo de dicho testimonio, alegando, básicamente, la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba, por entender que tal prueba testifical, admitida y declarada pertinente por la Sala, era esencial en términos de defensa, y, de haberse practicado, hubiera incidido en la Sentencia que finalmente lo condenó como autor de un delito contra la salud pública.

La STC recuerda que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa garantiza a las partes la aportación de las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a sus pretensiones, sin perjuicio de las atribuciones de los Tribunales ordinarios para examinar la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, sin que puedan inadmitir o no practicar las pruebas admitidas de modo arbitrario. «De ahí que este Tribunal sea competente para controlar las decisiones judiciales cuando hubieran rechazado pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una exégesis de la legalidad carente de razón (...); cuando la omisión de la práctica de la diligencia admitida fuera imputable al órgano judicial (...); o también cuando la denegación razonada se produjese tardíamente de modo que genere indefensión o los riesgos de un perjuicio de dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia—, o incluso con asunción del riesgo de un perjuicio sobre la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria (...). Por otra parte, es doctrina igualmente reiterada que este derecho fundamental no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una prueba ilimitada, por lo que es necesario comprobar si del hecho de que no se practique una prueba admitida se deriva una real y efectiva indefensión para el recurrente, tanto porque la diligencia omitida sea decisiva en términos de defensa, como porque la omisión probatoria no le es imputable. A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (...). De manera que sobre el demandante de amparo recae la carga de probar la indefensión material sufrida, lo cual tiene varias consecuencias concretas. El demandante debe acreditar “la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas” o admitidas y “no practicadas” (...), así como que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a “probar la trascendencia que la inadmisión (en este caso, la no práctica de la prueba, pudo tener en la decisión final del pleito, ya que sólo en tal caso, comprobado, que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiese admitido (o practicado), podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca el amparo” (...). En definitiva, según dijimos en el ATC 268/1997, de 14 de julio, “el Tribunal Constitucional sólo puede efectuar su revisión cuando las pruebas hubieran podido resultar decisivas para el pleito, cambiando el sentido del fallo”. Por último, la viabilidad de una reclamación constitucional como la presente exige que el demandante no haya incurrido en negligencia en el momento de impetrar la realización de la prueba admitida. En el presente caso, en el que la Audiencia Provincial acordó no acceder a la suspensión del juicio oral por incomparecencia de un testigo cuya declaración había sido previamente admitida, es indispensable que consten en

acta tanto la preceptiva protesta formal como los puntos que se pretendían aclarar con el interrogatorio» (FJ 2).

La STC, después de comprobar el comportamiento diligente del recurrente, «toda vez que en el juicio oral solicitó su suspensión, formuló oportuna protesta y consignó las preguntas que hubiera realizado al testigo incomparecido», examina la prueba testifical no practicada, llegando a la conclusión de la no existencia de indefensión derivada de tal circunstancia, y rechazando, en consecuencia, la pretendida vulneración constitucional.

(Sentencia 45/2000, de 14 de febrero. «BOE» núm. 66, de 17 de marzo. Sala Primera. Recurso de amparo 2315/1998. Ponente: Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde. Deniega el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas: conexión de antijuricidad

El recurrente en amparo había sido condenado en la instancia como autor de un delito del artículo 401 CP 1973, luego confirmada en casación, pues aunque el Tribunal Supremo declaró la nulidad de los Autos por los que fueron acordadas las intervenciones telefónicas y sus prórrogas, así como también de las pruebas a través de ellas obtenidas, este Tribunal entendió que dicha nulidad no irradiaba sobre otras pruebas correctamente apreciadas en la instancia. Por el contrario, el recurrente en amparo alegaba en su recurso la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por entender que las pruebas indiciarias tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia derivaban todas ellas de las escuchas telefónicas declaradas nulas, por lo que se hallaban contaminadas.

La STC recuerda que desde la STC 114/1984 ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. «Como se dice en la STC 49/1996, para un supuesto, precisamente, de intervenciones telefónicas: “Una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria. Al no proceder así la Audiencia Provincial de Barcelona y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resultó violado el derecho a la presunción de inocencia del peticionario de amparo” (...) (FJ 2). Ahora bien, la STC aclara, con cita de la STC 81/1998, que si la condena se ha fundado en otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida.

La STC examina entonces la eventual desconexión causal entre las grabaciones ilícitas y el resto de los indicios o testimonios incriminatorios que sirvieron de base a la Sentencia condenatoria, recordando que la STC 81/1998 «estableció un criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas podían ser valoradas y cuándo no. Ese criterio se cifraba en determinar si entre unas y otras existía lo que denominamos «conexión de antijuricidad». “Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no”, dijimos entonces, “hemos de analizar, en primer término la índole y caracte-

rísticas de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (...)"'. Pero también afirmamos que la importancia del papel que ha de atribuirse al conocimiento derivado de las pruebas obtenidas con vulneración inmediata del derecho al secreto de las comunicaciones en la obtención de otras pruebas, el nexo, en definitiva, entre la prueba originaria y las pruebas derivadas no es en sí mismo un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, juicio que corresponde hacer a los Jueces y Tribunales ordinarios (...), sin perjuicio de la comprobación de la razonabilidad del mismo por parte de este Tribunal Constitucional en esta vía de amparo» (FJ 4).

En el caso concreto, la STC comprueba que toda la prueba indiciaria que basó la sentencia condenatoria traía causa de la prueba ilícitamente obtenida, quedando, en consecuencia, contaminada y siendo nula e inservible para desvirtuar la presunción de inocencia.

(Sentencia 50/2000, de 28 de febrero. «BOE» núm. 76, de 29 de marzo. Sala Segunda. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Otorga el amparo)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE): su traslación al procedimiento disciplinario penitenciario

El recurrente en amparo impugnaba los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), al haber rechazado la práctica de determinados medios de prueba, previamente denegada por la Administración Penitenciaria durante la tramitación del expediente disciplinario, relevante para sus derechos e intereses.

Dice la STC, en cuanto a la traslación de las garantías del artículo 24 CE al procedimiento disciplinario penitenciario, que «las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario en modo alguno pueden implicar que la justicia se detenga a la puerta de las prisiones y concretando el alcance de esta regla general, en lo que al presente recurso de amparo interesa, en la aplicación en los procedimientos disciplinarios penitenciarios del derecho de defensa y a la actividad probatoria (...). Así, en relación con el derecho a la actividad probatoria, ha afirmado que no puede desconocerse la relevancia constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en el procedimiento disciplinario penitenciario, lo que se deduce también *a contrario sensu* del artículo 25.2 CE, que garantiza al condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por

el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. En este sentido, la normativa penitenciaria no sólo no limita aquel derecho, sino que incluso lo refuerza y lo reconoce, no sólo a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que puede decidir la práctica de las pruebas que hubieran sido denegadas durante la tramitación del expediente disciplinario, sino que también dentro de dicho expediente se exige la motivación de la denegación por no pertinencia o relevancia de las pruebas propuestas (...). En este marco de declaraciones generales tampoco resulta ocioso insistir en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias (...), sino en general salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse» (FJ 2).

En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, recuerda la STC que este derecho «exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado el mencionado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. No obstante, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conlleva una lesión del citado derecho fundamental, pues para que se produzca esa lesión constitucional es necesario que la irregularidad u omisión procesal en materia de prueba haya causado indefensión, en sentido real y efectivo, al recurrente en amparo. De modo que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE cubre únicamente aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa y, por ende, constitucionalmente trascendente. Tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por este Tribunal Constitucional mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino que exige que el solicitante de amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la argumentación recae sobre el recurrente en amparo. Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada fuese decisiva en términos de defensa, resultaría ya evidente *ab initio*, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado en el recurso de amparo, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal, que no haya generado una real y efectiva indefensión» (FJ 2).

En el caso concreto, la STC examina detalladamente la queja del recurrente en amparo, concluyendo que la falta de respuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a la proposición de pruebas efectuada por el recurrente vulneró su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

(Sentencia 81/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 4253/1996. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Otorga el amparo)

La garantía de los derechos fundamentales en el procedimiento de extradición. Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)

El recurrente dirigía su recurso de amparo contra varias resoluciones de la Audiencia Nacional, que habían declarado procedente su extradición a la República italiana, por considerar que la cualidad de nacional español del reclamado no debía, por sí sola, ser obstáculo a la extradición, y que la respuesta dada por las autoridades italianas al requerimiento de una posible reciprocidad, en el sentido de que no podían garantizar *a priori* la entrega de un italiano a las autoridades españolas, no equivalía a una auténtica negativa. El recurrente alegaba que el enjuiciamiento de los hechos motivo de la extradición correspondía a los Tribunales españoles, y que, por tanto, las resoluciones impugnadas vulneraban el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. También alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Con carácter previo al análisis de las vulneraciones constitucionales alegadas por el recurrente, todas ellas rechazadas, la STC recuerda que «la extradición en sí misma es una medida que entra dentro del ámbito competencial de la jurisdicción ordinaria, cuya regularidad desde esta sola perspectiva no corresponde valorar en esta sede constitucional, así como que este Tribunal sólo tiene atribuida competencia para analizar las posibles vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por las resoluciones judiciales españolas (...), aunque «hemos admitido que la responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas (...). Este reconocimiento se sustenta en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el caso *Soering* (de 7 de julio de 1989, pfos. 85 ss.) admitió, si bien en el contexto de otros derechos fundamentales, la relevancia respecto de los procedimientos de extradición de las quejas sobre lesiones de derechos fundamentales o el temor racional y fundado de que se produzcan en el proceso penal del país que

solicita la extradición. Esta doctrina ha sido reiterada en el ATC 23/1997, y en las SSTC 141/1998, de 29 de junio, y 147/1999, de 4 de agosto, de manera que este Tribunal ha declarado que dichas lesiones o el riesgo de que se produzcan podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizaran la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del (...) extraditado (STC 141/1998...). Nuestros órganos judiciales, en suma, como integrantes del poder público, se encuentran en principio vinculados a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), con independencia del modo y del alcance de su actuación, sin que puedan tampoco soslayar la fuerza vinculante de tales derechos en tanto que bases objetivas de nuestro ordenamiento. Por consiguiente, también los órganos judiciales encargados del control de la legalidad del procedimiento de extradición han de regir su actuación por los derechos fundamentales, con independencia de la singularidad de dicho procedimiento» (FJ 3).

En cuanto al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, el recurrente había fundamentado su queja en la determinación de la legislación española (LOPJ, LECrim y CP) de atribuir competencia a los Tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por nacionales. La STC responde que «sin perjuicio de que no pueda negarse la corrección de la afirmación de la competencia de los Tribunales españoles en un caso como el que ha originado la solicitud de extradición, sin embargo este planteamiento ni resuelve la cuestión en el sentido de asegurar su relevancia en el ámbito del derecho invocado, ni, por tanto, puede conducir automáticamente a la estimación de su lesión. a) En primer término, con independencia de la concreta calificación jurídica que les corresponda, los hechos que originan la petición de extradición se enmarcan en el ámbito de la delincuencia internacional de tráfico de drogas, de forma que si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 23.4 f) LOPJ, los Tribunales españoles son competentes para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, susceptibles de ser tipificados conforme a la ley española de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas tóxicas y estupefacientes, no lo es menos que el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes. A estos efectos, ha de recordarse que tanto el Estado español como el italiano son partes del Convenio único sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961 («BOE» 22 de abril de 1966), y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 («BOE» 10 de noviembre de 1990), y que del artículo 36 del primero, así como del artículo 4.1.b) iii) en conexión con el artículo 3.1 c) iv) del segundo, deriva la posible base de la jurisdicción universal en materia de drogas o estupefacientes y del fundamento para pedir y conceder, en su caso, la extradición respecto de los delitos perseguidos por dicho Convenio. Por consiguiente, este Tribunal ha de partir de la competencia de los Tribunales italianos, derivada de la asunción por el Estado italiano de los compromisos internacionales plasmados en dichos Convenios, para conocer del hecho de la pertenencia a banda internacional dedicada al tráfico de es-

tupefacientes; conducta que, por otra parte puede considerarse cometida tanto en el lugar desde el cual opera el colaborador (España), como en el lugar o lugares en los que produce sus efectos dicha colaboración con la banda (Italia u otros países), como, por último, en aquel en el que la dirección de la banda dirige, planifica y coordina su actividad delictiva. b) En este contexto, el primer punto que ha de ser abordado por este Tribunal es si la cuestión relativa a la concurrencia de Estados competentes para el conocimiento de ciertos delitos, en su consideración general o específicamente cuando la competencia deriva también de la condición de nacional del Estado requerido del extraditable, puede ser revisada por este Tribunal desde la perspectiva del derecho al Juez predeterminado por la ley que consagra el artículo 24.2 CE. Ha de tenerse en cuenta que el ámbito natural de las garantías protegidas en el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley no es, en principio, el de la ordenación y reparto de jurisdicciones entre Estados, como tampoco es atribución de este Tribunal Constitucional, dado el ámbito de su jurisdicción, el control de su legalidad. La aplicación de este derecho en el marco internacional presupone la existencia de un espacio jurídico y judicial común, que tampoco puede considerarse configurado en el momento actual de la Unión Europea. Ello no obstante, no puede obviarse que la sustracción a la jurisdicción de un Estado del enjuiciamiento de un delito para el que es competente puede constituir en el caso concreto una vía de elusión de la prohibición de Jueces *ad hoc* y de las garantías de independencia, imparcialidad, inamovilidad y sometimiento al imperio de la ley de los Jueces, que constituyen el fundamento del derecho analizado. Como afirmamos en la STC 101/1984 «la predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. La interpretación sistemática entre el artículo 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces (...) radica en la ley. La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de Jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos». Ahora bien, en el caso examinado, ni se alega en la demanda, ni puede deducirse de las circunstancias concurrentes, la posibilidad de afectación del derecho invocado desde la perspectiva de su fundamento material, pues la posibilidad de enjuiciamiento por los órganos judiciales italianos y la concesión de la extradición se funda en criterios objetivos –la jurisdicción universal en materia de tráfico de drogas y específicamente de Italia para el conocimiento del delito de pertenencia a banda internacional dedicada al tráfico de estupefacientes–, aplicables con carácter general para casos iguales, determinados en la ley, por tanto, por el legislador. Por lo demás, ni la cláusula contenida en el artículo 3.1 LEP, que prohíbe la extradición de nacionales, constituye una norma atributiva de competencia, ni las que fundamentan las resoluciones impugnadas partiendo de la posible competencia del Estado italiano –Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y Convenio de Viena de 1988– son posteriores al hecho enjuiciado o al proceso penal mismo, aún no iniciado, de forma que difícilmente puede considerarse afectada la garantía de predeterminación legal. En consecuencia, no puede entenderse que se haya producido en el supuesto concreto una sustracción del co-

nocimiento del caso a los Tribunales españoles lesiva del derecho al Juez predefinido por la ley» (FJ 4).

«La tesis que subyace al planteamiento del recurrente reside en que el artículo 3.1 LEP contiene una prohibición absoluta de extraditar a los españoles, mientras que la Audiencia Nacional entiende que no concurre el presupuesto que permitiría la aplicación supletoria de la Ley de Extradición Pasiva, dado que el Convenio Europeo de Extradición no guarda silencio sobre la cuestión, sino que simplemente prevé la facultad de denegarla. Sin perjuicio de que la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución, y que ello es igualmente aplicable aun cuando se trate de la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales o de la posible contradicción entre éstos y las leyes u otras disposiciones normativas posteriores (...), no puede desconocerse que la cuestión, como en otros contextos ha declarado este Tribunal, puede tener relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la selección judicial o la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta (...) o sea fruto de un error patente (...). Pues bien, en el marco del limitado control que compete a este Tribunal, no puede sostenerse que la argumentación de la Audiencia Nacional sea manifiestamente arbitraria. Al efecto, ha de considerarse, antes de nada, el tenor literal del artículo 13.3 CE al referirse a las fuentes de la extradición y mencionar en primer lugar a los tratados, así como la propia doctrina de este Tribunal que en la STC 11/1985, de 30 de enero (FJ 4) declaró –si bien en relación con la anterior Ley de Extradición Pasiva de 1958– que “la ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los tratados internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia. Con independencia incluso de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución, según el cual “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno”, la citada ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter supletorio». Por lo demás, las resoluciones impugnadas de la Audiencia Nacional tampoco son ajenas a la interpretación doctrinal usual sobre la prioridad de los Tratados de Extradición frente a la Ley de Extradición Pasiva, que entiende que cuando existe un Convenio bilateral o multilateral de extradición firmado por España, las extradiciones entre España y los países firmantes del Convenio se rigen por las disposiciones del mismo, mientras que en ausencia de Tratado con el país que solicita la extradición se aplica la Ley de Extradición Pasiva. En este contexto, la cuestión analizada, la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado y de las previsiones del mismo respecto de la cuestión. Así, sería posible sostener que, en ausencia de Tratado la prohibición de extraditar nacionales contenida en la Ley de Extradición Pasiva cobraría su fuerza vinculante y, en consecuencia, su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva dado el taxativo tenor literal de su artículo 3.1, pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a la extradición de un nacional, Como se declara en la Exposición de Motivos de esta Ley, dicha prohibición se sustenta en la propia soberanía estatal,

de manera que tanto por razón de ello como porque los Jueces están sometidos al imperio de la ley, los órganos judiciales, encargados exclusivamente del control de la legalidad de la extradición, no pueden ir más allá de la legalidad que tienen obligación de aplicar. De otra parte, tampoco puede desconocerse el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de quienes integran y constituyen la razón de ser del propio Estado, al punto de que el Estado debe garantizar, al menos, que con la entrega del nacional no va a contribuir a la vulneración de los derechos del extraditado al ser sometido a juicio (...). Y este deber es tanto más relevante en ausencia de Tratado por cuanto su existencia constituye una mínima garantía de homogeneidad de los ordenamientos jurídico-constitucionales de los Estados firmantes. Por el contrario, ante solicitudes de extradición cubiertas normativamente por el Convenio Europeo de Extradición, que faculta a los Estados para la entrega de los nacionales, no puede entenderse, en principio, que sea arbitraria la entrega en el caso concreto, pues de un lado, como acabamos de afirmar, la existencia del Tratado constituye al menos un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad que el enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado puede suscitar. Y, de otro, no se puede olvidar que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma, e Italia lo es, no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio. En este marco ha de insertarse la afirmación del Auto del Pleno de la Audiencia nacional (...) de que “la legislación de Italia garantiza un juicio con todas las garantías en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, pues con ella se está efectuando una remisión implícita al estatus mínimo común en materia de derechos fundamentales, y, en todo caso, a que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos es, en último término también, el garante de los derechos fundamentales de los españoles. En virtud de todo lo expuesto, no puede entenderse que las resoluciones de la Audiencia Nacional hayan incurrido en este caso en denegación de tutela al acceder a la extradición de un español solicitada por la República de Italia para su enjuiciamiento por pertenencia a una banda internacional dedicada al tráfico de drogas, al entender que al amparo del Convenio Europeo de Extradición esa extradición es posible» (FJ 5).

Por último, respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, recuerda la STC que «nada tiene que ver con un pretendido derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, operando sobre un concepto jurídico indeterminado o abierto, cuyo contenido concreto debe ser delimitado en cada caso atendiendo a las circunstancias específicas que en él concurren que pueden ser muy variadas (STC 32/1999, de 8 de marzo), y en aplicación de los criterios objetivos que en la propia jurisprudencia constitucional se han ido precisando al respecto de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que son esencialmente los siguientes: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los procesos del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades implicadas» (FJ 8).

En el caso concreto, la STC señala que el recurrente no había acreditado haber denunciado ante el órgano causante de la dilación el retraso en el desarrollo del proceso, no atribuyendo tampoco relevancia constitucional en el marco del derecho invocado a los plazos transcurridos.

(Sentencia 87/2000, de 27 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Sala Primera. Recurso de amparo 3997/1998. Ponente: Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde. Deniega el amparo)

Derecho de defensa (art. 24.2 CE). Derecho a un proceso justo: «contenido absoluto» y proyección ad extra. Incompatibilidad con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) de la condena in absentia sin la posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves

El recurrente en amparo, ciudadano italiano, dirigía su recurso contra resoluciones de la Sala de lo Penal y el Pleno de la Audiencia Nacional, que accedieron a su extradición, solicitada por las autoridades italianas, que acusaban o habían condenado al recurrente por ser miembro destacado de la asociación mafiosa «N'drangheta», cuyo objetivo principal era la venta de drogas y la eliminación de los miembros de otros grupos competidores que aspiraban al control de dichas actividades ilícitas, habiéndosele atribuido un total de 98 asesinatos consumados y 36 asesinatos frustrados, así como también la comisión de otros hechos que podrían ser constitutivos de los delitos de asociación ilícita, terrorismo, detención ilegal, tenencia ilícita de armas, amenazas, inhumación ilegal, receptación, falsificación y contrabando.

La STC otorga el amparo por vulneración del derecho de defensa, examinando antes el espinoso tema relativo a «cómo es posible que una actuación de los poderes públicos que no está sometida, obviamente, a la Constitución española, pueda dar lugar, siquiera sea de forma indirecta, a la vulneración de ésta (...)», es decir, «el fundamento de la posible vulneración constitucional cometida sobre la base de la asunción de los actos de otros Estados, pues sólo a partir de él podrán establecerse los imprescindibles criterios de determinación y aplicación de la mencionada lesión indirecta».

Pues bien, la STC afirma que «la presuposición de que los poderes públicos españoles pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras» se apoya en una jurisprudencia reiterada de este Tribunal. «Nuestros pronunciamientos en este sentido se refieren tanto a casos de extradición, como a decisiones judiciales de homologación de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a través del mecanismo del *exequatur*, supuestos ambos en que los órganos judiciales españoles han de pronunciarse sobre la validez constitucional de resoluciones dictadas por Tribunales no nacionales, pese a que la Constitución Española rige solamente en el territorio nacional. Y abarcan, desde luego, la actuación extraterritorial de nuestras autoridades nacionales. Por referencia a este último supuesto, en la STC 21/1997, de 10 de febrero, establecimos, en términos generales, que en efecto, es procedente recordar aquí, de un lado, que los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las rela-

ciones internacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones, como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4, y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes. A partir de lo cual concluimos que si el mandato del artículo 10.2 CE impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el artículo 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. Por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos que el título I del Convenio reconoce en relación con actos realizados por sus autoridades fuera del territorio estatal (asunto Drozd y Janousek c. Francia y España, Sentencia de 26 de junio de 1992, y asunto Loizidou c. Turquía, Sentencia de 23 de marzo de 1995), presupuestos que indudablemente concurren en el presente caso, dado que nos encontramos ante una actividad realizada por autoridades españolas en un espacio situado más allá del territorio español, como antes se ha dicho. En los casos de extradición, la posibilidad de lesión de derechos fundamentales ha sido presupuesto implícito de la STC 11/1983, y explícito en las SSTC 13/1994, de 17 de enero, 141/1998, de 29 de junio, y 147/1999, de 4 de agosto. En los casos de *exequatur*, lo hemos reiterado en las SSTC 43/1986, de 15 de abril, 54/1989, de 23 de febrero, y 132/1991, de 17 de junio» (FJ 6).

«Por tanto, el control del Poder Judicial español (y, en su caso, del Tribunal Constitucional) sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero se basa en que la sujeción a esos mismos derechos del propio Poder Judicial, según hemos reconocido reiteradamente, no desaparece cuando la actuación del Juez español produce un riesgo relevante del vulneración de los derechos fundamentales por parte de los órganos de un Estado extranjero o ejecuta resoluciones de tales órganos vulneradoras de dichos derechos. En parecidos términos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Soering (Sentencia de 7 de julio de 1989), ha declarado que el hecho de que el CEDH tenga un ámbito territorial determinado no excusa a los Estados de toda responsabilidad por las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar más allá de sus fronteras. En efecto, según se afirma en dicha resolución, en principio el ámbito de aplicación del CEDH se halla territorialmente limitado: en particular, el compromiso de los Estados signatarios se limita a reconocer a las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades que proclama. Además, ni el Convenio rige los actos de terceros Estados ni pretende exigir a los firmantes que impongan a aquéllos sus normas, ni, por otra parte, puede entenderse que consagra un principio general según el cual cada Estado firmante, pese a sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del CEDH. Sin embargo, estas consideraciones no relevan a los Estados contratantes de su responsabilidad (en el caso, a tenor del art. 3 CEDH) por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de su jurisdicción (núm. 86)» (FJ 6).

Afirmada la posibilidad de vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales, la STC examina su fundamento, aludiendo a la especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales que, como bases objetivas de nuestro ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada.

«En efecto, el artículo 53.1 CE subraya la específica vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Según conviene recordar dice, literalmente, así: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a)”. De ese tenor literal del precepto se extrae inmediatamente que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales en tanto en cuanto esté en juego el contenido esencial de los mismos. Queda por determinar en qué consista el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra*, esto es, el que, en virtud de su validez universal, pudiéramos denominar “contenido absoluto”. Pues bien, para llevar a cabo esa determinación, la Constitución Española de 1978, al proclamar que el fundamento del orden político y de la paz social reside, en primer término, en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1) expresa una pretensión de legitimidad y al propio tiempo, un criterio de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables. Como hemos afirmado en varias ocasiones “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona” (Sentencia 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre constituyendo, en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también Sentencia 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 A)]. De modo que la Constitución Española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (Sentencia 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2, y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2). Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la CE proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo, y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos. Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (...) y, muy singu-

larmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo» (FJ 7).

Por lo tanto, añade la STC, «sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal», y en relación con las garantías contenidas en el artículo 24 CE, la STC reitera que «si bien los Tribunales extranjeros no se hallan vinculados por la Constitución Española ni por su elenco de derechos protegidos por el recurso de amparo, sí lesionan los derechos fundamentales las resoluciones de los órganos judiciales españoles que homologan una resolución judicial foránea en un supuesto en que, por ser contraria a los principios esenciales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, debiera haber sido repelida por el orden público del foro». «No son, pues, todas y cada una de las garantías que hemos anudado al artículo 24 CE las que pueden proyectarse sobre la valoración de la actuación pasada o futura de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad “indirecta” de la actuación de la jurisdicción española; sino sólo sus principios básicos o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo» (FJ 8). Concluye la STC señalando que hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a un proceso justo establecido en el artículo 24 CE, conforme al cual los Tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. «Si tales actos han producido una lesión o representan un peligro relevante para ese núcleo de los derechos de cualquier ciudadano la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir «indirectamente» la Constitución Española» (FJ 8).

En cuanto a la supuesta lesión del derecho de defensa, que el recurrente derivaba del hecho de haberse accedido a su entrega pese a que dos de las peticiones de extradición venían fundadas en sendas órdenes de ejecución derivadas de condenas por delitos graves (las penas impuestas fueron de doce y veinte años de reclusión) dictadas tras un juicio en contumacia, señala la STC que «al resolver la petición de extradición, las resoluciones judiciales que se impugnan han considerado aplicables las reglas contenidas en el Convenio Europeo de Extradición (CEEx), de cuyas prescripciones, la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva (LEP) es supletoria». Pero aclara la STC que, a diferencia de otros supuestos antes resueltos por el TC (como el de la STC 147/1999), «todo el peso de la queja recae sobre la compatibilidad del juicio que se desarrolla pese a la incomparecencia del acusado debidamente citado, en causa por delito grave, con las exigencias constitucionales del derecho de defensa, cuando no es posible instar un juicio rescisorio contra la decisión de condena. El análisis debe partir de la constatación de que este Tribunal, al analizar resoluciones judiciales sobre peticiones de extradición basadas en condenas dictadas en rebeldía, ha puesto de manifiesto la relevancia constitucional de esta cuestión. Así, en la STC 11/1983, FJ 2, denegamos el amparo tras constatar que la entrega del reclamado, condenado en ausencia en los Estados Unidos, había sido sometida por la Audiencia Nacional a la condición de que se celebrara un nuevo juicio de fondo. Y en el ATC 204/1983 (FJ 4) se rechazó la pretensión de amparo que alegaba indefensión al no haber acreditado el recurrente, respecto a una

condena dictada en rebeldía, que en el derecho belga no rigiera el principio según el cual si el acusado se constituye en prisión o es detenido antes de que la pena se extinga por prescripción, el juicio en rebeldía se anula y se procede a su celebración en la forma ordinaria. Similar argumentación puede leerse, al desestimar la queja, en el fundamento jurídico 3 del ATC 780/1984, que examinaba una petición de extradición formulada por Italia. Sin embargo, la queja ahora analizada se refiere a una situación que no está legalmente prevista en nuestro ordenamiento procesal penal. En efecto, la conformidad a la Constitución de la posibilidad del juicio penal *in absentia*, en causa por delito grave, no se ha planteado nunca ante nosotros como fundamento de una pretensión de amparo, en tanto que nuestras leyes procesales penales lo prohíben terminantemente para hechos cuya pena privativa de libertad prevista sea superior a la de un año (art. 841 LECrim). Y en los demás supuestos (pena privativa de libertad inferior a un año) en que la suspensión no es obligada y la ley permite celebrar el juicio oral sin la presencia del acusado –arts. 789.4 y 793.1, párrafo segundo, LECrim–, la eventual Sentencia condenatoria queda siempre sometida a la posibilidad de un posterior juicio rescisorio (art. 797 LECrim). Únicamente en el juicio de faltas la dicción literal del artículo 971 LECrim podría inducir a pensar que era posible el juicio *in absentia* sin más condicionamientos. Sin embargo, al analizar dicho supuesto, en la STC 135/1997, de 21 de julio, expusimos que las exigencias constitucionales del derecho fundamental a conocer la acusación y del derecho de defensa imponían, también en el juicio de faltas, la suspensión de la celebración de la vista oral, salvo que se tuviese constancia de que la citación hubiera llegado a conocimiento del acusado (...), y, en todo caso, la necesidad de abrir siempre, frente a la condena dictada *in absentia*, la posibilidad de un juicio rescisorio. La relevancia de la cuestión planteada quedó, entonces, expresada en los siguientes términos: “la condena *in absentia* en juicios penales sólo es constitucionalmente admisible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio, dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole, en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal *in absentia*, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la Sentencia” (STC 135/1997, FJ 7)» (FJ 12).

Añade la STC que «el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del artículo 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado “contenido absoluto” de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse *ad extra*. En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa

(STC 181/1994, de 20 de junio). La vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa. El derecho del acusado a estar presente en el acto del juicio oral puede inferirse inmediatamente de los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, según los cuales “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” y “a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; y del artículo 14, núms. 1 y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en la medida en que reconoce a toda persona el derecho a “ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”, y se establece como garantía mínima de toda persona acusada de un delito el derecho “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección...”, sin que sea necesario volver a destacar la importancia que, a tenor del artículo 10.2 CE, revisten tales textos a la hora de determinar el contenido del derecho a un proceso justo (art. 24 CE)» (FJ 13).

«Ello no comporta, sin embargo, la proscripción constitucional de la condena *in absentia*. En efecto, en determinadas condiciones, atendiendo a intereses que son dignos de protección, puede admitirse la condena en ausencia, pues la sentencia penal condenatoria, con independencia de la efectividad de la pena impuesta, produce otros efectos jurídicos plausibles (cierra la vía de prescripción de los delitos para abrir la más dilatada de las penas, posibilita la satisfacción de los daños y perjuicios causados por el delito, asegura de forma documentada la producción de medios de prueba cuya fiabilidad el tiempo puede perjudicar, y puede contribuir a la prevención general y a la restauración del orden jurídico perturbado por la infracción); pero, en tales casos, las exigencias más elementales del juicio justo pueden llegar a imponer que la efectividad de la condena quede supeditada a que exista una posibilidad de impugnación posterior, esto es, una vez sea habido el condenado, que resulte suficiente para subsanar el déficit de garantías que, en el caso concreto, haya podido ocasionar la falta de presencia en la vista» (FJ 13).

Ahora bien, con toda contundencia, la STC afirma «que lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) es la condena *in absentia* sin la aludida posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves. En efecto, más allá de las exigencias que se proyectan generalmente sobre cualquier clase de proceso penal, en los supuestos, como el aquí examinado, en que el objeto de la acusación lo constituyen delitos muy graves que, como tales, se hallan muy gravemente sancionados, la garantía de que el acusado esté presente o pueda, en otro caso, impugnar la condena *in absentia* por el eventual menoscabo de sus derechos fundamentales cobra una significación especial que, por encima de las razones procesales a que se acaba de aludir, obliga a entender que, sin ella, no pueda hablarse, en puridad, de juicio justo, en tanto expone al extraditado a un peligro cierto de flagrante denegación de

justicia, según la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya citada» (FJ 14). «Imponer, sin audiencia y defensa previa ni posterior, penas que afectan profundamente a los derechos más estrechamente ligados a la personalidad, sobre la base de imputaciones que comportan una reprobación de tal gravedad que se proyecta sobre la condición de la persona misma parece ya, *prima facie*, incompatible con su dignidad. Y lo es tanto más si se atiende a la esencia comunicativa que, como sujeto de derecho, corresponde a la persona: ese núcleo de imputación jurídica y, por tanto, de acción y expresión en que la personalidad consiste, quedaría radicalmente negado si se condenase en ausencia cerrando toda posibilidad de oír directamente en justicia al acusado de un delito muy grave. Todo ello permite, además, afirmar que, al menos, en los procesos penales por delito muy grave, aquellos en los que está en juego una imputación que afecta a su dignidad personal y que comporta una seria privación de su libertad, la presencia en el acto del juicio oral no es sólo un derecho fundamental del acusado, sino también una de las que hemos denominado “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (...), sin cuya concurrencia la idea de juicio justo es una simple quimera. De ahí se desprende, inmediatamente, que la falta de comparecencia temporánea no determina la preclusión de la facultad de estar presente en el juicio, pues, según acaba de verse, no se trata de una facultad cualquiera, sino de un componente básico de los juicios penales por delito grave. Por lo tanto, cabe concluir que constituye una vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el artículo 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, según precisamos en el fundamento jurídico 8, acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa» (FJ 14).

Por último, frente a la argumentación de la Audiencia Nacional basada en considerar que el acusado renunció tácitamente a ejercer su autodefensa al decidir de forma voluntaria no comparecer en el acto del juicio, la STC opone, con cita de varias Sentencias del TEDH, «que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana. Y, en el caso de los derechos procesales, precisamente por su naturaleza formal, la voluntad de renuncia ha de hallarse, con mayor razón, rodeada de un mínimo de garantías para que no quede desnaturalizada. Lo que, evidentemente, ocurre en casos como el presente en que, al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia (en el mismo sentido STEDH de 29 de julio de 1998, caso Guerin contra Francia, núm. 43; en términos análogos, ya se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 27 de febrero de 1980 –caso Deweer c. Bélgica, núm. 54–). Por ello, no podemos considerar que cumpla tales requisitos la supuesta renuncia tácita que es consecuencia de la decisión de sustraerse a la acción de la justicia para tratar de evitar la posibilidad de una condena penal grave. No estamos aquí ante una renuncia voluntaria al ejercicio de los derechos de defensa como pudiera entenderse que concurre en los supuestos en que, estando ya a disposición del Tribunal para la celebración del juicio, el acusado, mediante su actitud pasiva, su silencio en la vista oral o por medio de alteraciones del orden determinantes de su expulsión

de la sala, o de cualquier otro modo, decide no ejercitar dichos derechos. Tampoco desde la perspectiva adoptada podría aceptarse que la continuación del juicio, sin posibilidad de audiencia y defensa posterior, constituye una sanción adecuada a la decisión de incomparecencia. Ciertamente, el acusado tiene el deber de comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, el orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención (...); pero cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo, máxime cuando lo que se ventila en él es una pena especialmente grave, adecuada, tal vez, al delito cometido, pero irrazonable y arbitraria como sanción del incumplimiento de un deber procesal (...)» (FJ 15).

En consecuencia, la STC aprecia la vulneración del derecho de defensa del recurrente y retrotrae las actuaciones para que se dicte en el procedimiento una resolución adecuada a la Constitución.

(Sentencia 91/2000, de 30 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo. Pleno. Recurso de amparo 3868/1998. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga parcialmente el amparo. Votos particulares)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE)

La STC reitera que «el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no faculta para exigir la admisión judicial de todas las pruebas que puedan proponer las partes, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas (...). Desde la perspectiva del recurrente, y puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (...), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (...). Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente (...). Dicho en otros términos: la prueba ha de ser “decisiva en términos de defensa” (...). Desde el punto de vista del órgano judicial, hay que partir de que el examen de la legalidad y pertinencia de la prueba propuesta corresponde a los Jueces y Tribunales (...). El juzgador tiene obligación de dar respuesta razonada a la admisión o a la pertinencia de la prueba (...). Este Tribunal Constitucional sólo es competente para controlar las decisiones judiciales cuando hubieren inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (...); o cuando la omisión de la práctica de la diligencia probatoria previamente admitida sea imputable al órgano judicial y produzca además indefensión (...); o cuando la denegación razonada se produjese tardíamente» (FJ 2).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que la decisión alcanzada por el órgano judicial de considerar que el medio de prueba fue propuesto de manera extemporánea, esto es, con posterioridad a la formalización de la defensa, que es donde debe incluirse la proposición de pruebas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 790.6, penúltimo párrafo, LECrim, no fue irrazonable, arbitraria o in-

curso en error patente. «Es cierto que el artículo 791.1 LECrim permite que, en el caso de que no se presente el escrito de defensa, se pueda proponer prueba para practicarla en el acto del juicio oral, así como interesar que se libren las comunicaciones necesarias, pero siempre que se haga con antelación suficiente respecto de la fecha señalada para el juicio. Pues bien, en el supuesto de hecho que nos ocupa no se cumplió ni el presupuesto de este precepto, puesto que la representación procesal de los acusados formuló oportunamente su escrito de defensa pero sin proponer la prueba en cuestión, ni tampoco el requisito de que se pudiera practicar en el acto del juicio, o con la suficiente antelación respecto a éste. Tampoco incurre en irrazonabilidad, arbitrariedad o error la inadmisión fundada en que la solicitud de la misma prueba fue reiterada en el turno de intervenciones previo al juicio oral (...), pero en atención a que su práctica ya no era posible en el acto de dicho juicio, tal y como prescribe el artículo 793.2 LECrim. Por tercera vez, se volvió a plantear el medio de prueba en el recurso de apelación, contestando la Audiencia Provincial que la diligencia probatoria era innecesaria a los efectos de acreditar el delito, pues como éste consiste en realizar actividades dirigidas a perjudicar a los acreedores, resultaba totalmente irrelevante por qué la entidad acreedora había concedido el crédito a..., cuando de todas maneras los ahora recurrentes de amparo habían garantizado la deuda como fiadores solidarios. Desde la perspectiva constitucional, el argumento es razonable y, por ello, no cabe apreciar la vulneración del derecho que se denuncia» (FJ 3).

(Sentencia 96/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 3521/96. Ponente: Magistrado D. Julio Diego González Campos. Otorga el amparo)

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), recuerda la STC que este derecho «exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como órgano especial o excepcional (...). Es decir, en otras palabras, que el legislador ha de haber determinado en una norma con rango de ley y con carácter previo al hecho las reglas de competencia fundadas en criterios objetivos y generales (...)» (FJ 3). La STC hace hincapié en que «los hechos que han dado lugar a la solicitud de extradición se enmarcan en el ámbito de la delincuencia internacional de tráfico de drogas, y si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 23.4 LOPJ, los Tribunales españoles son competentes para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros susceptibles de ser calificados, conforme a la Ley española, de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, también lo es que el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados y de sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o, dicho de otro modo, de Estados competentes, respecto de las actuaciones indicadas. Y es que tanto el Estado español como el italiano son partes

del Convenio único sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961 (...) y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988 (...); y del artículo 36 del primero, así como del artículo 5.1 *b*) III en conexión con el artículo 3.1 *c*) IV del segundo, deriva la posible base de la jurisdicción universal en materia de drogas o estupefacientes y el fundamento para pedir y, en su caso, conceder la extradición respecto de los delitos contemplados por dicho Convenio. Por consiguiente, este Tribunal ha de partir de la competencia de los Tribunales de Italia, derivada de la asunción por el Estado italiano de los compromisos internacionales plasmados en los Convenios anteriormente citados, para conocer del hecho de la pertenencia a una banda internacional dedicada al tráfico de estupefacientes; conducta que, por otra parte, puede considerarse cometida tanto en la sede en la cual opera el colaborador (España), cuanto en el lugar o en los lugares en los que produce sus efectos dicha colaboración con la banda (Italia u otros países), como, por último, en aquel o aquellos puntos geográficos en los que la dirección de la banda dirige, planifica y coordina su actividad delictiva» (FJ 4).

(Sentencia 102/2000, de 10 de abril. «BOE» núm. 119, de 18 de mayo. Sala Segunda. Recurso de amparo 4077/98. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Deniega el amparo. Problema de la conformidad con la CE de las decisiones judiciales que estiman procedente la extradición a terceros países, signatarios del Convenio Europeo de Extradición, de personas que ostentan la nacionalidad española)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra Sentencias del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial, alegando la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. El Juzgado de lo Penal lo había absuelto del delito de incendio por imprudencia grave por el que estaba acusado, entendiendo que el incendio en finca propia que por imprudencia provocaron las dos hogueras, ni se hizo con propósito defraudatorio, ni con ánimo de perjudicar a tercero y que, en consecuencia, los hechos no estaban tipificados en ninguno de los artículos del nuevo Código Penal. Por su parte, la Audiencia Provincial revocó la anterior Sentencia absolutoria, condenando al recurrente como autor de un delito de incendio del artículo 358, en relación con el artículo 352 del nuevo Código penal, aunque aceptando los hechos probados y utilizando, por consiguiente, la prueba indiciaria de la misma forma en que lo había hecho el Juzgado, es decir, sin explicar la inferencia lógica. Según el recurrente, la vulneración de los citados derechos fundamentales se habría producido porque ni uno ni otro órgano jurisdiccional habían declarado cuáles eran los indicios en que se sustentaban los hechos probados. El TC le da la razón y le concede el amparo.

La STC aclara que aunque el recurrente dirigía su recurso contra las dos Sentencias, sólo la dictada en segunda instancia podía ser merecedora de los mencionados reproches constitucionales, por cuanto que siendo absolutoria la recaída en primera instancia, «las deficiencias en la articulación de la prueba indiciaria no tuvo para él consecuencias perjudiciales».

La STC recuerda que «la prueba de indicios exige dos elementos: *a*) que los hechos básicos estén completamente acreditados; *b*) que entre tales hechos básicos

y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. La prueba indiciaria se caracteriza por el mayor subjetivismo que preside su valoración por el juzgador y, en consecuencia, se ha de ser especialmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente. Según tenemos afirmado en nuestra jurisprudencia, “el artículo 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito (art. 25.1 de la Constitución) no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia y, de otra, que ello es también una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinarse si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios” (STC 175/1985). En suma, “de lo que se trata es de asegurar la garantía formal de que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la Sentencia, pues sólo de ese modo es posible verificar si el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia –lo único que compete al Tribunal Constitucional–” (STC 174/1985, de 17 de diciembre). No se trata, por tanto, de que el juzgador tenga que detallar en la Sentencia los diversos momentos de su razonamiento (STC 174/1985). Tampoco nuestro análisis sobre la suficiencia de la motivación ha de recaer sobre su extensión, cuantificación de argumentos o calidad literaria (ATC 30/1988, de 28 de enero), puesto que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar, ni es misión de este Tribunal revisar la estructura de las resoluciones judiciales. Pero hemos de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 220/1998, de 16 de noviembre). O, en otras palabras, nuestro juicio ha de versar acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria y, en concreto, con la suficiente solidez del engarce entre el resultado alcanzado con la actividad probatoria y el relato de hechos probados» (FJ 3).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que aunque existía una serie de indicios, reflejados en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, aceptados y dados por reproducidos en la Sentencia de la Audiencia, esta última, que condenó al recurrente, no contenía el necesario razonamiento lógico que debía conducir, a partir de aquellos indicios, a la conclusión de que aquél había realizado la conducta tipificada como delito.

(Sentencia 117/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 4694/97. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)

El recurrente en amparo impugnaba en su recurso las dos Sentencias que lo habían condenado, en primera y segunda instancia, como autor de un delito continuado de hurto con la agravante de abuso de confianza, alegando la vulneración de sus derechos al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por entender que la imputación, la acusación y la posterior condena, se había basado, directa o indirectamente, en la ilícita intervención de una línea telefónica.

Dice la STC que «aunque la literalidad del artículo 18.3 CE pueda inducir a pensar que la única garantía que se deriva inmediatamente de la Constitución en materia de intervenciones telefónicas es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto que esto no es así. La intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como sucede cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos» (FJ 2).

La STC describe las circunstancias fácticas en que se produjo la decisión judicial de intervenir las comunicaciones telefónicas, examinando las irregularidades denunciadas por el recurrente: que la intervención telefónica se había ordenado por un Juez carente de competencia territorial y en unas diligencias indeterminadas, por lo que la autorización carecía de legitimidad, habiéndose acordado, además, fuera de un proceso. En cuanto a lo primero, luego de señalar que en el momento de acordarse la intervención telefónica no era evidente la competencia del Juzgado de Instrucción de Madrid, «sino que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la LECrim, el Juzgado competente podía ser el del lugar de residencia de la persona investigada», recuerda que «la interpretación de las normas sobre competencia y, por consiguiente, la determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir (...)» (FJ 4). En cuanto a lo segundo, que la medida de intervención telefónica se había llevado a efecto fuera de un proceso, señala la STC que si bien las «diligencias indeterminadas» las ha calificado el propio TC de procedimiento, no de proceso judicial, y la naturaleza y finalidad de la intervención telefónica requieren que la investigación y su desarrollo se lleven a cabo por el Juez de Instrucción y dentro de un proceso legalmente existente, «el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, *per se*, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues, tal y como afirmábamos en la Sentencia mencionada, lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el artículo 124.1

CE, como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución considerábamos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto. En el caso que nos ocupa se produce la circunstancia, ciertamente especial, de que el proceso de investigación de los hechos ya estaba en marcha cuando se acordó la intervención del teléfono de..., de modo que si bien pudiera haberse realizado el control telefónico por acuerdo del Juez que ya conocía del proceso mediante el sistema de auxilio judicial que reclama el demandante (arts. 274 LOPJ y 184 y 322 LECrim), o bien, incluso, por el propio Juez de Madrid, en virtud de lo dispuesto en los artículos 273 LOPJ y 323 LECrim. Pero, desde la perspectiva esencial de existencia del proceso y de control de la medida, lo cierto es que el titular de la investigación (...) dirigía la misma y el Ministerio Fiscal la controlaba, y a ambos se les dio cuenta por parte de la Policía Judicial de que, al parecer por razones operativas, el control se solicitaría del Juez del lugar donde estaba ubicado el aparato telefónico. En definitiva, la intervención telefónica se llevó a cabo dentro del marco de la investigación seguida en un verdadero proceso por el Juzgado de Instrucción de Madrid, con su conocimiento y consentimiento, y con base, precisamente, en los datos que ya obraban en ese proceso que le fueron comunicados al Juez de Instrucción de Parla (...)» (FJ 5), por lo que la STC concluye rechazando la vulneración del artículo 18.3 CE.

La STC examina a continuación la principal cuestión planteada por el recurrente. Según éste, tratándose de la investigación de un posible delito de hurto, la intervención telefónica suponía una injerencia desproporcionada en un derecho fundamental. Dice la STC que «en el ámbito de las escuchas telefónicas, nuestra doctrina (...) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), mantienen que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (...); es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como –entre otros–, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (...). Como derivación del principio de proporcionalidad, hemos mantenido también que la intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio» (FJ 6).

Pues bien, respecto a la cuestión de la proporcionalidad de la medida dice la STC que «el demandante trata de efectuar un ejercicio de ponderación *ex post* a la vista de que, finalmente, fue condenado a una pena de arresto mayor, es decir, fue condenado por un delito de hurto, sin otra circunstancia de agravación que la del abuso de confianza, lo que, a su juicio, evidencia que se trataba de una infracción penal que, por sí misma, no justificaba la injerencia en el derecho fundamental. Pero la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse, como dijimos, analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su

adopción. Desde ese punto de vista, no se aprecia que la medida acordada por el Juez fuera desproporcionada. En primer lugar, porque como reconoce el demandante se trató de una investigación de un delito de hurto, en cantidad de especial y cualificada gravedad (100.000.000 de pesetas, se afirmaba en aquel momento) y continuado, lo que explica que la pena solicitada por el Ministerio Fiscal para fuera de tres años y seis meses de prisión menor, y de seis años la interesada por la acusación particular. Se aprecia por tanto que, en el momento en que los órganos judiciales adoptaron la medida, la infracción podía no ser calificada como leve. A esta misma conclusión se llega si se tienen en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en el caso (posible infidelidad de una parte de los empleados del almacén de la empresa denunciante, y gran dimensión de la empresa) y muy especialmente la no despreciable posibilidad de continuación del hecho delictivo en curso. En conclusión, la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones fue motivada y proporcionada y, por tanto, conforme a la Constitución» (FJ 8).

Por último, aunque la concurrencia de determinadas irregularidades cometidas en el control judicial *a posteriori* del resultado de la intervención telefónica determinaron en la causa que la Audiencia Provincial no tomara en cuenta esta prueba, lo cierto es que ésta condenó por existir otros medios de prueba que a su juicio permitían destruir la presunción de inocencia. La STC señala que «al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al acto del juicio oral». Examina entonces el razonamiento lógico llevado a cabo por el tribunal de apelación, una vez descartado el resultado de las escuchas telefónicas, señalando que «el razonamiento del órgano judicial es que aunque el demandante de amparo ha negado en todo momento su implicación en los hechos, resulta inculpa por el testimonio de los demás acusados, testimonio que ha quedado corroborado por otros datos objetivos».

La STC concluye recordando que la presunción de inocencia está concebida, en su vertiente de regla de juicio, desde la inicial STC 31/1981, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de manera que toda sentencia condenatoria: «a) Debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) el sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución; c) practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo los supuestos admisibles de pruebas preconstituidas; d) valorada, y debidamente motivada, por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia. También constituye doctrina consolidada de este Tribunal que no nos corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que los artículos 117.3 CE y 741 LECrim atribuyen dicha tarea al Tribunal penal, sino controlar exclusivamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia, de modo que tampoco es posible que entremos en el análisis de otras posibles inferencias distintas a las efectuadas por los órganos judiciales. Alega el demandante que estas declaraciones estuvieron motivadas por el conocimiento adquirido por las escuchas, pero, además de que ya hemos descarta-

do la lesión al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, también hemos afirmado, en relación con la confesión prestada por los acusados en el acto del juicio oral, que la confesión de los acusados, en este caso la de los coimputados, corroborada por otras pruebas, no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas en que se prestaron (...); por lo que bastaría para desvirtuar la presunción de inocencia» (FJ 12).

(Sentencia 126/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 3488/1996. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Deniega el amparo)

Derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24 CE)

El recurrente en amparo había sido detenido por su presunta participación en actividades a favor de la banda terrorista ETA, decretándose su incomunicación, a solicitud de la Guardia Civil y previo informe favorable del Ministerio Fiscal. Puesto a disposición judicial, el Juzgado dictó providencia por la que acordó su reconocimiento por el Médico forense, así como recibirle declaración en la misma situación de incomunicación, con la asistencia de Letrado del turno de oficio. El procedimiento continuó por los trámites de los artículos 790 ss. LECrim, siendo condenado finalmente por la Audiencia Nacional como autor responsable de un delito de colaboración con banda armada previsto en el artículo 174 bis a) del anterior CP. La Sentencia fue confirmada en casación por el Tribunal Supremo. Según el recurrente, las anteriores Sentencias vulneraron sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. A su juicio, la condena se apoyaba en las declaraciones prestadas ante el Juez instructor, que considera ilícitas por haber sido prestadas en situación de incomunicación, acordada y mantenida en resoluciones judiciales inmotivadas y sin haber sido informado previamente de los derechos constitucionales que le asistían, en especial el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Dice la STC que «si bien es cierto que le asiste la razón al recurrente al sostener que la adecuación a la Constitución de las resoluciones judiciales que autorizan la incomunicación de los detenidos ha de analizarse desde la perspectiva de un especial rigor, dado que se trata de una medida restrictiva de derechos constitucionales del detenido más allá de la restricción de la libertad que toda detención comporta, sin embargo no puede sostenerse que, en el caso concreto, las resoluciones judiciales dictadas no respondan al canon constitucionalmente exigible y conforme al cual la autoridad judicial habría cumplido con el específico deber de ponderación de la proporcionalidad de la medida. En efecto, como este Tribunal ha declarado (...), la incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano, por lo que no resulta de aplicación la doctrina de que, negada la libertad, no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, medidas que son sólo modificaciones de una de-

tención legal, puesto que la libertad personal admite variadas formas de restricción en atención a su diferente grado de intensidad. La situación de incomunicación de detenidos constituye una limitación del derecho a la asistencia letrada recogida como una de las garantías consagradas en el artículo 17.3 CE, en la medida en que la incomunicación supone tanto la imposibilidad de nombrar Letrado de la confianza del detenido, como la de entrevistarse de forma reservada con el Letrado nombrado de oficio, conforme establece el artículo 527 en relación con el 520 LE-Crim (...). Por consiguiente, las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige (...). De manera que es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que permiten afirmar la ponderación judicial efectiva de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (...). Será necesario, asimismo, que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por ésta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él– es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (...). A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que, si bien con carácter general la limitación de los derechos constitucionales que la incomunicación conlleva encuentra justificación en la protección de los bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos (...), la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión (...). De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto» (FJ 3).

En el caso concreto, la STC confirma que las resoluciones impugnadas se ajustaban a los anteriores requisitos de legitimidad constitucional.

En cuanto a la pretendida infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del artículo 24 CE, dice la STC que «los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que, en ningún caso, pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (...). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que aunque el artículo 6 de la Convención no

lo menciona expresamente, el derecho a guardar silencio y –uno de sus componentes– el derecho a no contribuir a su propia incriminación son normas internacionales generalmente aceptadas que forman parte del núcleo de la noción proceso justo consagrado en dicho artículo. Su razón de ser reside claramente en la protección del acusado frente a una coerción abusiva de las autoridades, lo que evita los errores judiciales y permite alcanzar los fines del artículo 6 (...). En particular, el derecho a no contribuir a su propia incriminación presupone que, en asuntos penales, la acusación intente buscar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo constrictión o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado. En este sentido, este derecho está estrechamente ligado con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 6.2 de la Convención» (FJ 4).

En el caso concreto, la STC señala que sí se le informó al detenido de sus derechos, ciñendo su análisis a la forma en que el Juez de Instrucción había informado de sus derechos al recurrente, pues el Juez había informado al recurrente del derecho a guardar silencio, pero no hizo lo mismo respecto del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Dice al respecto la STC que «como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter absoluto o no del derecho a guardar silencio, a los efectos del examen de la concurrencia de la lesión de este derecho habrá de tomarse en consideración el conjunto de circunstancias del caso y el grado de coerción inherente a la situación. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta, en primer término, que la queja reviste un carácter predominantemente formal, en la medida en que nada se alega por el recurrente de que realizara la citada declaración de forma no voluntaria y sometido a algún tipo de compulsión. En segundo lugar, tampoco puede inferirse de los hechos la existencia de ningún tipo de constrictión o compulsión para que el detenido efectuara su declaración, dada la presencia en las declaraciones del Juez, del Secretario judicial –garante de la fe pública– y del Letrado, a quien expresamente se le preguntó si entendía que el detenido había sido suficientemente informado de sus derechos, contestando afirmativamente y no formulando en ningún momento protesta sobre la cuestión. De las circunstancias concurrentes en el caso, en el que las declaraciones fueron recogidas en grabaciones magnetofónicas en las que constan, según la transcripción literal verdadera y remitida por la Secretaria del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, las preguntas formuladas directamente por el Juez y las respuestas del recurrente, tampoco puede deducirse la falta de voluntariedad de la declaración. Por último, tampoco de la legislación aplicable puede deducirse la existencia de una cierta coerción para declarar o colaborar con la justicia, dado que ni se sanciona la falta de colaboración (...), ni se extraen consecuencias negativas para el acusado de su silencio (...). Por consiguiente, el hecho de que la declaración se prestara ante el Juez de Instrucción en presencia de Letrado y se grabara en cinta magnetofónica, así como la ausencia de coerción en la misma, convierten en inocuas las insuficiencias formales de los términos utilizados al informar al declarante de sus derechos a guardar silencio, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, máxime si se tiene en cuenta que, en la interpretación del recurrente, las expresiones utilizadas –“tiene derecho a no contestar a las preguntas que no desee, tiene derecho a no contestar a nada si no quiere, y que por supuesto puede decir cuanto quiera en relación a estos hechos”– implicarían que el recurrente fue informado de su derecho a guardar silencio, pues, aunque, ciertamente, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no

confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (...), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. En conclusión, no es posible apreciar la existencia de las infracciones constitucionales denunciadas» (FJ 4).

Finalmente, como el recurrente había fundado la lesión del derecho a la presunción de inocencia en la supuesta nulidad de sus declaraciones judiciales, no apreciada por la STC, tal pretensión es igualmente rechazada.

(Sentencia 127/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 3501/96. Ponente: Magistrada Dña. M.ª Emilia Casas Baamonde. Deniega el amparo)

Derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE): incompatibilidad constitucional de una extradición para cumplir una pena de prisión impuesta en juicio celebrado en ausencia del acusado, sin posibilidad de impugnación ulterior (STC 91/2000)

Esta STC enjuicia un nuevo caso de extradición pasiva a Italia de un condenado en rebeldía. La STC cita la STC 91/2000, recordando que «el artículo 24.2 CE garantiza de forma absoluta (sea cual fuere el foro competente) el derecho del condenado *in absentia* (y con penas graves) a una ulterior posibilidad procesal de impugnación de la condena. Concluimos de la anterior premisa que es contrario al artículo 24.2 CE acceder a la extradición a países que den validez a las condenas a penas graves dictadas en ausencia, siempre que la concesión de la extradición no quede sometida a la condición de que el condenado pueda impugnar la condena para salvaguardar sus derechos de defensa (...). A ello añadimos entonces que de la incomparecencia del imputado en el juicio penal no puede inferirse una renuncia al derecho a la autodefensa (art. 24.2 CE), y ello porque la comparecencia implica normalmente el ingreso en prisión» (FJ 3).

En el caso concreto, el recurrente había sido condenado en contumacia a una pena de siete años y dos meses de privación de libertad. Según la STC, su extradición a Italia sólo podía tener lugar con la condición expresa de que por el Estado italiano se prestaran garantías de posible impugnación de la Sentencia condenatoria dictada *in absentia*. «Dado que los dos Autos de la Audiencia Nacional ahora impugnados acceden a la extradición incondicionada (del recurrente), debemos concluir que por medio de aquellos Autos se ha vulnerado indirectamente el derecho del condenado a defenderse en un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo que procede el otorgamiento del amparo» (FJ 4).

(Sentencia 134/2000, de 16 de mayo. «BOE» núm. 147, de 20 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 2462/99. Otorga el amparo. Voto particular. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): pruebas constitucionalmente ilícitas, conexión de antijuricidad y pruebas de cargo independientes (SSTC 161/1999 y 8/2000)

El recurrente en amparo había sido condenado como autor de un delito contra la salud pública (tráfico ilegal de sustancias estupefacientes) por la Audiencia Nacional, basando ésta la condena, entre otras pruebas, en la tenencia en su poder de una importante cantidad de cocaína, hallada en un domicilio objeto de entrada y registro. La sentencia condenatoria fue confirmada en casación por el Tribunal Supremo. El recurrente alegaba la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), fundada en la falta de motivación del Auto por el que se acordó la entrada y registro, y entendiendo que todos los medios de prueba que habían basado la condena derivaban del resultado del registro practicado con vulneración constitucional, tratándose, por tanto, de prueba ilícitamente obtenida, alegaba también la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia.

La STC se refiere primero a las garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio, señalando que «la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él (art. 18.2 CE) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Esta manifestación no se concibe como un derecho absoluto, sino que viene configurada con atención a otros derechos. Los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter rigurosamente taxativo (...) y, si bien con carácter negativo, son pieza fundamental para la identificación del objeto del derecho (qué sea la «inviolabilidad» domiciliaria) y de su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada) y también, en relación con ello, para controlar las regulaciones legales y las demás actuaciones públicas que puedan afectar a este derecho fundamental (...). Con esta advertencia nos colocamos en la exigencia constitucional de la motivación del Auto acordando la entrada en un domicilio. La entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza el Juez competente; en esta autorización descansa la legitimidad del registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes (...). Éste es el requisito necesario, y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar (...). Ahora bien, la garantía judicial constituye un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución a reparar su violación cuando se produzca (...). De lo que se deduce la necesidad de motivación de la resolución judicial a la que se refiere el artículo 18.2 CE, puesto que es la misma la que permite decidir en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE, u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos» (FJ 3).

En cuanto al contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos delictivos, recuerda, con cita de la STC 239/1999, que la motivación «para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que

se obtendrá del mismo (...). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (...). A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados e, igualmente, tener en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudiera encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites: juicio de proporcionalidad en sentido estricto (...). “Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida —la investigación del delito— con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión”» (FJ 4).

En el caso concreto, el TC llega a la conclusión de que el Juez no llevó a cabo, como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el artículo 18.2 CE, la debida ponderación de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma, por lo que afirma la vulneración del derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio.

A continuación, la STC examina la vulneración alegada por el recurrente del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, recordando que «la prohibición de valorar pruebas obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, sólo tiene lugar si la ilegitimidad de las pruebas se transmite a las derivadas (...). A este fin habrá que determinar si entre ellas existe lo que hemos denominado conexión de antijuricidad, atendiendo conjuntamente al acto lesivo del derecho fundamental y su resultado, tanto desde una perspectiva interna (referida a la índole y características del derecho sustantivo), como desde una perspectiva externa (las necesidades de tutela exigidas para la efectividad de ese derecho» (FJ 6).

La STC señala que «es evidente que tanto el acta del Secretario judicial, donde se documenta el resultado de la diligencia de entrada y registro, como las declaraciones de los agentes de policía que intervinieron en su práctica y las de otros testi-

gos presentes en el mismo, no pueden constitucionalmente sustentar el hecho probado del hallazgo de la sustancia estupefaciente. Elementos probatorios que, están invalidados. Sin embargo, la constatación de que se han valorado pruebas constitucionalmente ilícitas no conduce, sin más, a la conclusión de que la Sentencia condenatoria haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. La convicción judicial que llevó a la declaración de los hechos probados, y con ella a estimar que la tenencia de la sustancia estupefaciente cumplía por sí sola el tipo previsto en el Código Penal aplicado, efectuando simultáneamente el necesario juicio sobre la culpabilidad del acusado, no se sustentó exclusivamente en aquellas pruebas» (FJ 7).

Examina entonces la STC la conexión de antijuricidad entre las pruebas consistentes en las declaraciones del imputado y las originarias, y la existencia de prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia, en la línea de las SSTC 161/1999 y 8/2000, señalando que «la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado efectuadas ante el Juez Instructor y el ilícito registro no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuricidad entre ambas (...), pues tal declaración, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o al derecho a un proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria (...). La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en las propias garantías constitucionales que rodean su práctica –derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada– y constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones, de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el acto ilícito y, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por la libre decisión del acusado, atenua, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (...). Lo mismo hay que decir, respecto a la inexistencia de conexión de antijuricidad, de las otras pruebas antes reseñadas (...). En consecuencia, desde el control que puede ejercer este Tribunal ha de admitirse que existió prueba de cargo legítimamente obtenida, de la que pueden deducirse, razonablemente, los hechos probados y la participación en los mismos del recurrente» (FJ 8).

(Sentencia 136/2000, de 29 de mayo. «BOE» núm. 156, de 30 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 77/1996. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga parcialmente el amparo)

Extensión de las garantías procesales del artículo 24.2 CE, en particular del derecho a la prueba, al procedimiento disciplinario penitenciario. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE)

En este caso el recurrente dirigía su recurso contra un Acuerdo de la Comisión Disciplinaria de un Centro Penitenciario, que le había impuesto una sanción dis-

ciplinar, y contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que la confirmaron en alzada y reforma, invocando la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

La STC se refiere, en primer lugar, a la extensión de las garantías procesales del artículo 24.2 CE, en particular del derecho a la prueba, al procedimiento administrativo sancionador y, más concretamente, al procedimiento disciplinario penitenciario, recordando, con cita de la STC 81/2000, que «no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (FJ 2), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución, si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional (*ibidem*). En relación con esa operación de traslación de las garantías del artículo 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos» [FJ a)].

En cuanto a la traslación de las anteriores garantías procesales al procedimiento disciplinario penitenciario, recuerda que «las peculiaridades del internamiento en un Establecimiento Penitenciario en modo alguno pueden implicar que «la justicia se detenga a la puerta de las prisiones» y concretando el alcance de esta regla general, en lo que al presente recurso de amparo interesa, en la aplicación en los procedimientos disciplinarios penitenciarios del derecho de defensa y la actividad probatoria (...). Así, en relación con el derecho a la actividad probatoria ha afirmado que no puede desconocerse la relevancia constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en el procedimiento disciplinario penitenciario, lo que se deduce también a contrario sensu del artículo 25.2 CE que garantiza al condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En este sentido, la normativa penitenciaria no sólo no limita aquel derecho, sino que incluso lo refuerza y lo reconoce, no sólo a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que puede decidir la práctica de las pruebas que hubieran

sido denegadas durante la tramitación del expediente disciplinario, sino que también dentro de dicho expediente se exige la motivación de la denegación por no pertinencia o relevancia de las pruebas propuestas (...). En este marco de declaraciones generales tampoco resulta ocioso insistir en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias (...), sino en general, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse» [(FJ b)].

En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), señala la STC que este derecho exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimientos ni obstáculos, aunque no toda irregularidad u omisión procesal en esta materia conlleva una lesión del derecho fundamental. Para ello «es necesario que la irregularidad u omisión procesal en materia de prueba haya causado indefensión, en sentido real y efectivo, al recurrente en amparo. De modo que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE cubre únicamente aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa y, por ende, constitucionalmente trascendente. Tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por este Tribunal Constitucional mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino que exige que el solicitante de amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la argumentación recae sobre el recurrente en amparo» (FJ 2 c).

(Sentencia 157/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2898/97. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Otorga el amparo)

Derecho a la defensa en un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): extradición para cumplir pena de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia del acusado, sin posibilidad de impugnación ulterior; vulneración indirecta del derecho fundamental. SSTC 91/2000 y 125/2000

La principal alegación del recurrente se centraba en la vulneración de sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a no sufrir indefensión, causada por las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al haber accedido a su extradición para el cumplimiento de penas impuestas en procesos seguidos en rebeldía. La STC aplica su doctrina contenida en la STC 91/2000, por tratarse también aquí de un caso de extradición pasiva a Italia de un condenado en rebeldía.

Recuerda la STC que «el artículo 24.2 CE garantiza de forma absoluta (sea cual fuere el foro competente) el derecho del condenado en ausencia a penas graves a una ulterior posibilidad procesal de impugnación de la condena. De manera que no es contrario al artículo 24.2 CE acceder a la extradición solicitada por países que

den validez a las condenas a penas graves dictadas en ausencia, siempre que la concesión de la extradición quede sometida a la condición de que el condenado pueda impugnar la condena para salvaguardar sus derechos de defensa (...). Dicha declaración se completó y sustentó en que de la simple falta de comparecencia del imputado en el juicio penal no puede inferirse una renuncia voluntaria al derecho a la autodefensa (art. 24.2 CE); y ello porque la comparecencia del acusado implica normalmente su ingreso en prisión (...). En el caso presente..., (el recurrente) fue condenado en contumacia por los Tribunales de Apelación de Palermo y Milán a penas que, según la resolución de unificación de penas concurrentes, se elevan a treinta años de reclusión. Si bien conoció la existencia de los procesos seguidos en su contra y sus intereses fueron defendidos por un Letrado, en ningún momento tuvo lugar su comparecencia personal en juicio. Las penas impuestas son graves y las Sentencias en las que se les impuso son firmes. Por último, no consta en las actuaciones que el condenado hubiese renunciado expresamente a su derecho a comparecer personalmente en juicio. A la vista de todo lo dicho, y siempre conforme a nuestra STC 91/2000, debemos concluir que la extradición del demandante a Italia sólo podía tener lugar con la condición expresa de que por el Estado italiano se prestaran las garantías de una posible impugnación de la Sentencia condenatoria dictada en rebeldía. Y dado que los Autos de la Audiencia Nacional que aquí se impugnan han accedido a la extradición del recurrente de manera incondicionada para el cumplimiento de condenas impuestas en procesos seguidos en contumacia, ha de estimarse vulnerado indirectamente por los órganos judiciales españoles el derecho del condenado a defenderse en un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo que, en tal extremo, procede otorgar el amparo» (FJ 5).

«El otorgamiento del amparo exclusivamente en cuanto se estima lesionado indirectamente el derecho a defenderse en un proceso con todas las garantías por haberse accedido de forma incondicionada a la extradición solicitada para el cumplimiento de penas graves impuestas en juicios desarrollados en ausencia del condenado conduce, como en los casos de las SSTC 91/2000 y 125/2000, a la declaración de nulidad de los Autos de la Audiencia Nacional impugnados. Por consiguiente, la nulidad no afecta a los citados Autos en cuanto acceden a la extradición para el enjuiciamiento de los hechos aún no juzgados con base en los cuales se dictaron las órdenes de detención. De otra parte, en la medida en que la nulidad de los Autos de la Audiencia Nacional se declara por cuanto accedieron a la extradición del demandante de forma incondicionada, dicha nulidad comporta la retroacción de actuaciones para que la Audiencia Nacional vuelva a dictar una resolución conforme con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)» (FJ 8).

(Sentencia 162/2000, de 12 de junio. «BOE» núm. 165, de 11 de julio. Sala Primera. Recurso de amparo 4986/98. Ponente: Magistrada Dña. María Emilia Casas Baamonde. Estima parcialmente el amparo. Voto particular)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)

El recurrente en amparo alegaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por entender que la Audiencia Nacional, que lo había condenado como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, se

había basado en simples conjeturas, entendiendo también que la Sentencia del Tribunal Supremo, que lo había condenado por el mismo delito pero por omisión, vulneraba igualmente el mencionado derecho fundamental. La Audiencia Nacional había declarado como hecho probado que el recurrente era copropietario, junto con otro procesado, del Bar Alaska de Barcelona, «lugar frecuentado por personas dedicadas al tráfico de drogas, situación que aquéllos conocían y en la que participaban». Por su parte, el Tribunal Supremo había declarado en su Sentencia que no existía apoyo indiciario del razonamiento de la Audiencia para condenar al recurrente como participante en el tráfico de drogas, pero sí para condenarlo como autor de ese delito por omisión, «en función de su posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave dentro del ámbito cerrado constituido por el local comercial de su titularidad».

La STC entiende, por el contrario, que el juicio condenatorio del Tribunal Supremo tampoco se había basado en una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, «entendida como aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo..., por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad (...). En efecto, de los hechos acreditados no se concluye unívocamente que el recurrente conociera las actividades delictivas concretas que se dice venían realizándose en su bar. En segundo lugar tampoco resulta acreditada la existencia misma del tráfico en éste, que simplemente se presume. Por ello no quedan probados ni el elemento subjetivo ni el objetivo del tipo delictivo que se imputa al recurrente. En definitiva, el recurrente fue condenado sin una prueba de cargo suficiente que demostrase su participación omisiva en ninguna de las concretas actividades de tráfico de drogas enjuiciadas, vulnerando de este modo su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), para la restitución del cual debemos otorgar el amparo solicitado» (FJ 5).

(Sentencia 171/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2283/96. Ponente: Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. Otorga el amparo)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE): procedimiento penal abreviado

El recurrente en amparo alegaba la vulneración del derecho al uso de los medios de prueba pertinentes, que imputaba al Juez de lo Penal, por haber inadmitido éste las pruebas que, tras haber sido acusado como autor de un delito de daños y una falta de lesiones, había propuesto para el acto del juicio oral.

La STC recuerda que «el artículo 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso que garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento (...). Por tratarse de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance

debe encuadrarse dentro de la legalidad (...). Por ello, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que para apreciar su pretendida lesión es necesario que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. Por eso hemos afirmado que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda (...) y que este Tribunal sólo podrá revisar la interpretación judicial de las normas legales aplicables sobre la admisión de los medios de prueba en aquellos supuestos en que el rechazo de la propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (...). No puede dejar tampoco de reseñarse que debe ser tarea previa a la de examinar la corrección constitucional de las decisiones adoptadas por los órganos judiciales la de comprobar que la inadmisión de la prueba ha acarreado una efectiva limitación de las posibilidades de defensa del acusado, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (...). Y es decisiva, a estos efectos, una vez que el recurrente, a quien compete esta carga procesal, acredita la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (...), y que la resolución final del proceso en el que se produjo la supuesta lesión podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia» (FJ 3).

En el caso concreto resuelto por la STC el recurrente había satisfecho esta última exigencia, examinando la STC las razones de la inadmisión de las pruebas solicitadas. El recurrente había propuesto pruebas con carácter previo a la celebración del juicio oral, que el Juez de lo Penal consideró que tenían un «marcado carácter instructor», y otras testificales, que éste rechazó por no haber sido propuestas en forma legal. Según la STC la justificación del rechazo de unas y otras pruebas propuestas por el recurrente no era arbitraria ni irrazonable.

«La razonabilidad de la decisión, en lo que a las pruebas propuestas como previas se refiere, pese a su laconismo, se funda en el debido respeto a la estructura dada por la ley al procedimiento penal abreviado (arts. 779 ss. LECrim), en el que..., la fase intermedia no se dirige a completar la fase de investigación, dado que el inicio de la fase de preparación del juicio oral presupone, necesariamente, la conclusión de la instrucción jurisdiccional sin posibilidad de revisión posterior, sino a resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y, en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y órgano competente para el posterior enjuiciamiento. Admitir nuevas diligencias de investigación en la fase intermedia, como pretendía el recurrente, es algo no previsto por la ley. La interdicción de tal pretensión responde, además, a intereses legítimos, pues la práctica de diligencias en esta fase sería, no sólo contraria a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el Juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 789.5 LECrim. Por ello, no puede tacharse de arbitraria la decisión judicial por la que se rechazó la práctica de aquellas pruebas que, por tratarse de verdaderas diligencias de investigación, pretendían en realidad la reapertura de la fase de investigación para así determinar mejor la naturaleza de los hechos y las personas que en ellos han intervenido, pues esa es,

precisamente, la finalidad de la fase sumarial *ex* artículo 299 de la ley procesal penal, en la que el recurrente tuvo oportunidad de solicitarlas» (FJ 5).

En cuanto al otro medio de prueba, rechazado por no haber sido propuesto en forma legal, recuerda la STC que «el artículo 656 LECrim establece que en la lista de testigos que se propongan como medios de prueba, “se expresarán sus nombres y apellidos, el apodo, si por él fueren conocidos, y su domicilio o residencia, manifestando, además, la parte que los presente, si los testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga de hacerles concurrir”. El tenor literal del precepto legal, puesto en relación con el modo utilizado en el escrito de defensa para proponer el medio de prueba que analizamos, permite afirmar que, en efecto, no se propuso en la forma indicada por la ley, pues no fue debidamente identificado, ni se expresó su domicilio o residencia. No obstante, la confirmación de que tal defecto de forma existió no puede detener nuestro análisis, pues estando en juego el contenido de un derecho fundamental –ya dijimos que la prueba propuesta podía ser decisiva en términos de defensa–, hemos de determinar si cerrar el paso a la práctica de tal prueba en razón al aludido obstáculo formal, apreciado judicialmente, resulta proporcionado a la finalidad que se pretende con su salvaguarda. Y aquí hemos de volver a reseñar que tales requisitos formales, además de dirigirse a facilitar la tarea judicial de convocar al juicio oral a todos quienes puedan esclarecer los hechos, pretenden proteger intereses legítimos, como lo son, nuevamente, evitar dilaciones en el proceso y la práctica de diligencias de averiguación que son propias de la fase sumarial y que debieron haberse solicitado en dicha fase procesal. A lo que debemos añadir, que como hemos reiterado (por última vez en la STC 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2) la viabilidad de una reclamación constitucional como la que se analiza exige que el demandante no haya incurrido en negligencia en el momento de impetrar la realización de las pruebas que finalmente no se llevan a efecto. Y, en este caso, el estudio de las actuaciones permite también apreciar una palmaria pasividad del recurrente en el fase de instrucción, pues en ella no propuso una sola diligencia de investigación, ni recurrió la decisión de dar por concluida la misma, conformándose con los datos fácticos recogidos hasta ese momento, pese a que los mismos apuntaban indiciariamente su responsabilidad, dado el contenido de las manifestaciones testificales prestadas en el juicio de faltas y la realidad de los daños y las lesiones acreditados mediante la presentación de la factura de reparación de los primeros, y el parte médico indicativo de las segundas. No puede pretenderse, por tanto, que dicha pasividad quede corregida mediante la alteración de las reglas legales que estructuran el proceso abreviado, ni cabe exigir que su fase intermedia quede convertida en momento hábil para suplir las deficiencias de su participación en la fase de investigación» (FJ 6).

(Sentencia 173/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 3124/96. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Deniega el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): vulneración por imposición de una sanción basada en una prueba ilícitamente obtenida. STC 127/1996

El recurrente en amparo sostenía en su recurso la vulneración del derecho a la presunción e inocencia, alegando que la única prueba valorada en el expediente

sancionador había sido obtenida ilícitamente, por vulnerar su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). El TC le da la razón al recurrente, otorgándole el amparo solicitado.

La STC parte de su doctrina sobre los derechos fundamentales de que gozan las personas reclusas en un centro penitenciario. «Refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas “relaciones de sujeción especial” (...), hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, lo que, en consecuencia (...), obliga a que el marco normativo que regula, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones en el interior de los centros penitenciarios, venga determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, ya que este último sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos, pues la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 CE supone que entre la Administración Penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. En definitiva, como acertadamente resalta el Ministerio Fiscal, la relación de sujeción especial a que hemos aludido no puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga en la puerta de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria» (FJ 2).

En cuanto a la doctrina sobre las restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, «parte de la base de que los internos en un centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 a 50 del Reglamento Penitenciario que la desarrolla (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicable a este caso por la fecha de ocurrencia de los hechos), regulan su ejercicio en razón de la peculiaridades de la relación penitenciaria. El artículo 51 LOGP (y sus correspondientes reglamentarios) distingue entre las comunicaciones que hemos llamado «genéricas», que se regulan en el apartado 1, y las que hemos denominado «específicas», previstas en los apartados 2 y 3, que tienen como destinatarios al Abogado defensor, al Abogado expresamente llamado, a los funcionarios que deben intervenir en razón de su competencia, a los ministros del culto que profese el interno, a los representantes diplomáticos y a otros. El mismo precepto de la Ley ordena que las comunicaciones (orales y escritas) se realicen respetando al máximo la intimidad, sin más restricciones que las que imponen razones de seguridad, de interés en el tratamiento o buen orden del establecimiento, y permite su suspensión o intervención, en lo que se refiere a las comunicaciones

denominadas generales, que ha de ser acordada motivadamente por el Director del establecimiento, dando inmediata cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria Por su parte, en relación con las comunicaciones del interno con la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, el artículo 49.2 RP de 1996, lisa y llanamente, prohíbe la suspensión, restricción o intervención administrativa de las mismas» (FJ 3).

La STC aprecia la vulneración constitucional, tratándose de un supuesto esencialmente igual al que se resolvió en la STC 127/1996. «Dijimos entonces, y lo reiteramos ahora, que la Administración Penitenciaria ha procedido a la intervención de una comunicación escrita del recurrente con un órgano judicial –la Audiencia Provincial de Teruel– fuera de los casos previstos en la Ley, es decir fuera de los supuestos previstos en el artículo 51.5 LOGP y en este caso al margen del contenido de la previsión reglamentaria que determina la prohibición de realizar ningún tipo de intervención de las comunicaciones del interno con el Ministerio Fiscal y con los órganos judiciales a la Administración Penitenciaria. Dicha decisión, pues, con independencia de que el escrito se entregara para su curso en sobre abierto o cerrado (STC 127/1996, FJ 4), supuso una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado por el artículo 18.3 CE con carácter general, y del artículo 25.2 CE, por lo que se refiere al penado, pues «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7), en tanto en cuanto este derecho no se halla afectado por el sentido de la pena, y no solamente no está prescrita la limitación en la Ley penitenciaria, sino que tal intervención administrativa de una comunicación, dirigida a un órgano judicial por quien se encuentra recluso en un centro penitenciario, se encuentra expresamente prohibida» (FJ 4).

La STC también aprecia en el caso resuelto la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Señala la STC que entre las garantías procesales aplicables en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia, «lo que en este último supuesto supone no sólo la necesidad de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, sino la absoluta prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos los medios de prueba así obtenidos, puesto que “el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales...” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 2)» (FJ 5).

Finalmente, la STC señala que «es indiscutible, por el contenido de la resolución administrativa y de las resoluciones judiciales, que la sanción que se impone al demandante tiene como hecho justificador único las expresiones que se contienen en el escrito que aquél remitió a la Audiencia Provincial. Tal como consta en el Acuerdo de iniciación del expediente disciplinario, en el pliego de cargos comunicado al interno, en el Acuerdo sancionador, y en las resoluciones judiciales, el recurrente fue sancionado por verter críticas al funcionamiento de los servicios médicos del Centro Penitenciario y a los funcionarios que, según él, censuraban el contenido de los escritos que dirigía a los órganos judiciales. También ha quedado absolutamente acreditado que, aunque no se retuviera el escrito redactado por el re-

cluso, al que se dio curso con un informe rechazando tales críticas, la única prueba existente en el expediente administrativo sancionador, por virtud de la cual se estimaron acreditados los hechos, fue el propio escrito cuyo contenido, en síntesis, se recoge en el pliego de cargos, en la propuesta de resolución y en el Acuerdo sancionador. Finalmente, consta en las actuaciones y ha sido transcrita anteriormente la alegación del recurrente de haber sido vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones, alegación que no obtuvo respuesta expresa del órgano judicial al resolver los recursos de alzada y reforma. Sentado lo anterior, y puesto que la única prueba que sirvió de base al Acuerdo sancionador fue obtenida, violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del demandante y, por lo tanto, el conocimiento de los hechos motivadores de la sanción se debió en exclusiva a una prueba ilícitamente obtenida, ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente y, en consecuencia, procede otorgarle el amparo y declarar la nulidad del expediente disciplinario y de la sanción impuesta al recurrente, lo que ha de conllevar la anulación de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, que la confirmaron» (FJ 6).

(Sentencia 175/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2341/97. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Otorga el amparo)

Derecho al Juez imparcial y a conocer la acusación (art. 24.2 CE): iniciativa probatoria del Juez en el juicio oral ex artículo 729.2 LECrim que no entraña una actividad inquisitiva encubierta

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra una sentencia de la Audiencia Provincial que había desestimado su recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de lo Penal, a la que imputaba principalmente la vulneración del artículo 24.2 CE, en su vertiente de derecho a la imparcialidad del órgano judicial y la preservación del principio acusatorio, por estimar que la iniciativa probatoria adoptada de oficio por este último órgano, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 729.2 LECrim, suspendiendo la celebración de la vista y citando a un testigo no propuesto por las acusaciones, suponía un desplazamiento de la carga de la prueba, a cargo de las acusaciones, produciendo la mencionada vulneración constitucional.

La STC señala que «es reiterada jurisprudencia que el derecho a un proceso con todas las garantías integra, entre otros contenidos, la garantía de la imparcialidad del juzgador que, en el ámbito del proceso penal, se presenta indisolublemente anudada a la preservación del principio acusatorio (...). Mediante la exigencia de imparcialidad objetiva se asegura el enjuiciamiento por parte de un Juzgado no prevenido (...) en la medida en que ni ha sido instructor de la causa (...), ni ha ejercitado en algún momento anterior la acusación, ni ha intervenido en otra instancia del proceso (...). Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige en todo caso que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como

complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el artículo 729.2 LECrim, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia [art. 117.3 c)]. Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria *ex officio judicis* prevista en el artículo 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto» (FJ 2).

En el caso concreto, la STC llega a la conclusión de que la iniciativa probatoria adoptada por el órgano jurisdiccional no había vulnerado derecho fundamental alguno, afirmando que cuando «se adopta una iniciativa probatoria *ex officio judicis*, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida. Con otras palabras: No se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un Juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral –por tanto con plena garantía de contradicción–, con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aun indiciaria, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del Juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta o signifique una toma de partido por la acusación o por la defensa. Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la causación de indefensión alguna, ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola. Así pues, la pretensión deducida..., se ha de desestimar» (FJ 3).

(Sentencia 188/2000, de 10 de julio. «BOE» núm. 192, de 11 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 4067/1997. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Deniega el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): valoración como indicio de cargo de la postura inicial de la detenida de guardar silencio y negarse a prestar declaración

La recurrente en amparo había sido condenada como autora de un delito contra la salud pública y de un delito de contrabando, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, luego confirmada por el Tribunal Supremo, habiéndose declarado como hecho probado que aquélla había recibido un paquete, remitido desde Brasil y a su nombre, que por las sospechas que inicialmente originó en la estafeta de Correos del Aeropuerto de Barajas, fue objeto de una entrega controlada; en el interior del paquete se encontraron dos bolsas con 247,3 gramos de cocaína. Según la recurrente, la condena no se habría basado en prueba suficiente de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que habría tenido lugar por la inferencia derivada de su negativa a declarar, penalizándose así el ejercicio del derecho a guardar silencio que le artículo 17.3 CE garantiza.

En cuanto al artículo 17.3 CE, la STC recuerda que «su finalidad no estriba sino en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando que la situación de detención no produzca en ningún caso la indefensión del afectado (...). El desarrollo en la legislación ordinaria de los derechos reconocidos en el artículo 17.3 se ha producido por el artículo 520.2 LECrim (...). De otra parte, se ha de retener que este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el artículo 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex artículo 24.2 CE (...), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (...). Pues bien, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (...), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. A propósito, conviene comenzar precisando que la presente queja tiene un carácter predominantemente formal, por cuanto no consta que el derecho a no ser obligado a declarar en el momento de la detención no fuese garantizado a la recurrente. En efecto, nada se indica en la demanda, ni se desprende tampoco de las actuaciones, acerca de la existencia de impedimento alguno a la recurrente para ejercitar su derecho a guardar silencio en aquel momento, porque se hubiese visto forzada o coaccionada a declarar ante los agentes de la autoridad (...). Es más, de hecho, la denunciada vulneración no viene referida al momento inicial de la detención sino que se desplaza a un momento posterior, aquel en el que a la recurrente se le ha impuesto una condena, ratificada luego en casación. Aclarado esto, sin perjuicio de la concreta articulación de la queja, el objeto sobre el que se ha de centrar nuestro análisis, no será tanto el alegado derecho a guardar silencio, cuan-

to el derecho a la presunción de inocencia, con el que en la propia demanda expresamente se relaciona la supuesta vulneración del artículo 17.3 CE y con el que este derecho se encuentra estrechamente ligado (...)» (FJ 3).

La STC rechaza también la segunda vulneración alegada, relativa al derecho a la presunción de inocencia, destacando la relevancia de este derecho, que «sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (...), constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal (...), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (...), tanto respecto a quién debe aportar las pruebas, en qué momento y lugar deben practicarse los medios de prueba, qué debe entenderse por prueba legal y constitucionalmente válida, como respecto a la necesidad de que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia (...), así como a la obligación de motivar (...) o razonar el resultado de la valoración probatoria (...). Así pues, el derecho a ser presumido inocente, que no a ser declarado inocente que como tal no integra el contenido del artículo 24.2 CE (...), demanda que toda condena venga precedida por una suficiente actividad probatoria de cargo (...) o, en otros términos, que toda Sentencia condenatoria aparezca sustentada en pruebas de cargo válidas (...) o verdaderos actos de prueba» (FJ 4).

Una vez más el TC insiste en la legitimidad constitucional de la prueba indiciaria, señalando que ésta «puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia siempre que los hechos constitutivos del delito se establezcan no sobre la base de simples sospechas, rumores o conjeturas, sino a partir de hechos plenamente probados o indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicita en la Sentencia condenatoria (...). O, de otro modo, cuando –como aquí ocurre– la culpabilidad de la acusada se infiera de prueba indiciaria, el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de ser coherente, lógico y racional, entendida la razonabilidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (...). Ello permitirá que este Tribunal pueda examinar, cuando se le solicite, la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (...). Obviamente, no para ponderar la razonabilidad de otras posibles inferencias (...), ni para confirmar, variar o sustituir los hechos sujetos a valoración judicial (...), como si fuese ésta una tercera instancia y el Tribunal Constitucional un Tribunal de apelación (...), sino al efecto de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo (...), o si los criterios empleados conculan o no valores, principios o derechos constitucionales (...), o si se ha dejado de someter a valoración la versión del inculpaado o la prueba de descargo en el juicio oral (...) o, más simplemente, si ha faltado toda motivación acerca de los criterios que han presidido la valoración judicial de la prueba» (FJ 4).

En el caso concreto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo había confirmado, en casación, que la condena dictada en la instancia venía sustentada en el dato objetivo de que la recurrente había recibido un envío postal procedente de Brasil que contenía cocaína. Y en cuanto a la duda relativa a si aquélla conocía o no el contenido del paquete postal en cuestión, dado que, por haberse producido su detención en la calle tras haberlo recogido de la portería y antes de haber llegado a abrirlo, no habría existido una plena constatación de ello por hechos directos, la

STC señala que la condena no se basó en la sola valoración *contra reo* de su negativa a prestar declaración, sino que existieron otras pruebas indiciarias acreditativas de la existencia del elemento subjetivo del tipo penal aplicado a los hechos acreditados. «La Audiencia Provincial ha partido de datos objetivos y acreditados, tales como que el paquete –con un contenido de tan notoria importancia y valor económico– viniese remitido a la dirección de un establecimiento regentado por la destinataria, que el primer apellido de ésta viniese redactado en términos fonéticos y no en los propios de su ortografía y, en fin, que ésta excusase su firma en el acta levantada con ocasión de la diligencia judicial de apertura. Ocurre que como siempre que el acusado niega su participación en el delito que se le imputa, a falta de prueba directa, no cabe sustentar la condena sino en un juicio de inferencia lógica expresivo de la convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles (...). Pues bien, según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria (...), o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio. Por lo demás, sin perjuicio de la razonabilidad de la valoración de la negativa inicial a prestar declaración, la condena se ha fundamentado en otras pruebas de cargo válidas que la demandante no ha cuestionado y a cuya valoración judicial, por no ser arbitraria ni irrazonable, nada cabe oponer en amparo» (FJ 5).

(Sentencia 202/2000, de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 2409/97. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Deniega el amparo)

Derecho de asistencia letrada (art. 24.2 CE): su conexión con el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE)

El recurrente en amparo impugnaba la decisión de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por la que se declaró desierto el recurso de casación que había presentado. Según esta Sala, el recurrente no había comparecido en el término que le fue conferido, no habiendo solicitado la designación de Abogado y Procurador; «constando únicamente una comunicación por fax al Tribunal Militar Territorial Segundo que no puede tenerse en cuenta, ni por la forma en que fue dirigida ni en cuanto a lo que interesa en la misma...».

La STC aprecia en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, aunque también afirma que resultaron afectados otros derechos, como el de asistencia letrada, conectado a su vez con el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE).

«La Constitución española, en su artículo 24.1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, lo que comprende..., el acceso a los recursos legalmente previstos. Y, como señalamos en nuestra Sen-

tencia 11/1984, al exigirse en determinados casos que concurra la postulación procesal para que se produzca la actividad jurisdiccional, se vulnera el artículo 24.1 CE. Ocurre de tal forma cuando el órgano judicial, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico facilita, su falta de postulación procesal, ya que no sólo se limita, sino que se hace imposible, la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 1). Los órganos judiciales han de cuidar solícitamente de la defensa del justiciable en el proceso penal. La realización efectiva del derecho de defensa impone, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 –asunto *Airrey*–, de 13 de mayo de 1980 –caso *Artico*– y de 25 de abril de 1983 –caso *Pakelli*–, proporcionar asistencia letrada real y efectiva a los acusados (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6). Según tenemos establecido «la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aún así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es, simultáneamente, un elemento decisivo del proceso penal, en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso» (SSTC 42/1982, 29/1995). El artículo 24.2 CE incluye el derecho a la asistencia letrada entre el haz de garantías que integran el derecho a un juicio justo, garantías que cobran proyección especial en el proceso penal (...). Cuando la Ley exige la representación por Procurador, aunque este requisito no sea de idéntica naturaleza a la exigencia de dirección letrada, tiende como ésta a garantizar la corrección técnica de los actos procesales, realizados por profesionales con la finalidad de que la pretensión deducida pueda llegar a buen fin. Ahora bien, tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva» (FJ 2).

La STC señala que «es cierto que las formas y los requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, pero no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución (STC 118/1987, de 8 de julio, FJ 2). Incluso cuando la Ley exige la intervención de Letrado y Procurador para dar validez a una actuación procesal, los órganos judiciales han de considerar su ausencia como un requisito subsanable (STC 53/1990, de 26 de marzo), por lo que, hemos afirmado, no sólo ha de dársele oportunidad al interesado de reparar tal omisión sino que, además, «la exigencia a la parte de tener un defensor acentúa la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectiva designación de Letrado» (SSTC 91/1994 y 233/1998...). En el presente caso, el condenado manifestó su intención de impugnar una Sentencia y también su voluntad de disponer de Procurador por el turno de oficio, a efectos de la interposición del recurso de casación; petición que formula directamente al Tribunal sentenciador, a través de un fax, al siguiente día de la celebración de una comparecencia ante dicho órgano, que tenía como finalidad emplazarle ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y en la que se le advirtió expresamente, tras requerirle para que nombrase Abogado y Procurador, que de no efectuar tales nom-

bramientos le serían designados de los del turno de oficio. No puede estimarse que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva si se consideró que el medio concreto a través del cual fue efectuada la solicitud resultó determinante de la pérdida de tal beneficio, y de la del propio recurso de casación, cuando se constata que llegó a conocimiento del Tribunal. Y por ello resulta razonable que el ahora quejoso confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso mediante Procurador de oficio, o bien, en caso de su denegación, por uno de su libre designación, expectativa que vio frustrada porque la única respuesta de la Sala del Tribunal Supremo fue la declaración de desierto aplicado al recurso por haber transcurrido ya el término del emplazamiento. Pero es que, además, en el caso de que aquella solicitud no hubiere llegado a conocimiento del órgano judicial, o no se le hubiere otorgado validez, debió procederse conforme se le había advertido previamente al recurrente: efectuar las designaciones de oficio» (FJ 3).

(Sentencia 221/2000, de 18 de septiembre. «BOE» núm. 251, de 19 de octubre. Sala primera. Recurso de amparo 1304/98. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): requisito de la razonabilidad de la inferencia probatoria condenatoria

La recurrente en amparo había sido condenada por la Audiencia Nacional, como autora de un delito de colaboración con la organización terrorista Exército Guerrilheiro do Povo Galego Ceibe, imputándosele la realización de actos favorecedores de las actividades y de la consecución de los fines de esa organización. La relación de la recurrente con la organización terrorista se estableció en la Sentencia condenatoria a partir del hallazgo, en el registro de su domicilio, de varias cuartillas manuscritas en las que resumía el desarrollo de las conversaciones que, con ocasión de las visitas a su prima, interna en un centro penitenciario por pertenencia a la misma organización terrorista, mantenía con la misma, así como del borrador de una carta manuscrita dirigida a otro, en el que le daba cuenta del contenido de dichos resúmenes. La coincidencia del contenido de este borrador manuscrito con el de una carta mecanografiada hallada en el registro del domicilio en Portugal del máximo dirigente de la mencionada organización terrorista, llevó a la Audiencia Nacional a afirmar que dicha comunicación correspondía a la recurrente y que ésta servía de enlace y correo con la organización terrorista. La Sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación por varios de los acusados, entre ellos la recurrente en amparo. Al analizar el recurso de otro de los condenados, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró la invalidez de la prueba documental obtenida tras el registro, en Portugal, del domicilio de tres de los coacusados, al considerar que la falta de motivación de la decisión judicial que lo autorizó lesionó los artículos 18.2 y 24.1 CE, hallándose incurso la prueba documental obtenida con ocasión de dicho registro en la prohibición de valorar prevista en el artículo 11.1 LOPJ. Y al resolver el recurso de la recurrente en amparo, el Tribunal Supremo extendió la misma prohibición de valoración a los documentos encontrados en su domicilio, pues tal registro, practicado a partir de la información intervenida en Portugal, sería consecuencia indirecta de la lesión de derechos fundamentales ya declarada y quedaría por ello afectado por la misma

prohibición. No obstante, el Tribunal Supremo mantuvo la condena de la recurrente en amparo como colaboradora de la mencionada organización terrorista, aunque en grado de tentativa por no haber probado que la comunicación hubiera llegado a destino, sobre la base de la confesión de aquélla, primero ante la policía y luego ante el Juez, habiendo sido instruida sobre su derecho a no declarar contra sí misma, en presencia de su Abogado, en la que reconoce la autoría de su firma y de la letra de la carta, cuyo contenido según el Tribunal Supremo era suficientemente incriminatorio. Dicha confesión permitió a la Audiencia, según la Sentencia del Tribunal Supremo, llegar a la imputación de las acciones, subsumibles bajo el tipo penal del artículo 174 bis a) del CP 1973, sin necesidad de recurrir a la prueba declarada ilícita. La recurrente en amparo alegaba, entre otros derechos, el derecho a la presunción de inocencia, por el que el TC le concedió el amparo.

La STC aprecia esta última vulneración constitucional señalando que «el Tribunal Supremo declaró inválida la actividad probatoria con base en la cual la Audiencia Nacional condenó a la recurrente, pero mantuvo el mismo relato de hechos probados, por tanto, la misma imputación fáctica. Por ello, para fundar la condena, era constitucionalmente exigido exteriorizar en la Sentencia qué otros elementos probatorios obtenidos y practicados con todas las garantías se tenían en cuenta para mantener el relato de hechos probados, y cuál era su fundamento probatorio, es decir a través de qué inferencias, a partir del reconocimiento de haber redactado ciertas notas manuscritas sobre sus visitas en la cárcel a su prima..., se llega a afirmar y mantener su condición de colaboradora con la organización terrorista en la que aquellas se hallaba integrada. El Tribunal Supremo concreta qué elementos de prueba utiliza para fundar la condena (exclusivamente las declaraciones prestadas por la acusada en el proceso judicial previo, y concretamente, puesto que se trata de declaraciones en las que la demandante niega toda participación en el delito que se le imputa, en aquellos extremos en que reconoce haber suscrito los manuscritos hallados en el registro); pero, a partir de ellos, sin ulterior razonamiento, afirma que su contenido es suficientemente incriminatorio, es decir, que de los manuscritos cuya redacción se reconoce se deriva de forma directamente apreciable la conducta de colaboración que luego se califica como delito. Se sostiene en la Sentencia que la declaración de la demandante constituye una confesión que permitió a la Audiencia llegar a la imputación de las acciones que se imputan en los hechos probados, sin embargo, como se dijo, la Audiencia nacional sólo pudo justificar la condena poniendo en relación el contenido de dichos manuscritos y su destinatario con el de otros documentos hallados en Portugal, cuya posibilidad de valoración probatoria ha sido previamente excluida por el Tribunal Supremo. Por tanto la fundamentación de la condena por remisión al razonamiento de la Audiencia Nacional queda vacía de contenido en la medida en que los manuscritos hallados en el registro, como se dice en la Sentencia dictada en primera instancia, contienen únicamente un resumen del desarrollo de las visitas giradas a su prima, sin que en sí mismos pongan de relieve ninguna actividad de colaboración con banda armada. Tampoco el nombre del destinatario del borrador de carta (el tal «Carlos») permite afirmar concluyentemente la condición de colaboradora de la recurrente, pues pese a coincidir con el sobrenombre de quien policialmente era considerado el máximo dirigente del EGPGC, no se razona en la sentencia con base a qué inferencias se puede afirmar que dicho borrador iba dirigido a este miembro de la organización terrorista y no a otra persona. En definitiva, anulada la prueba que utilizó la Audiencia Nacional para fundar su decisión de

condena, y roto con ello su razonamiento justificativo, era preciso para mantenerla, que el Tribunal Supremo, en su Sentencia, hubiera exteriorizado las razones por las que unas declaraciones realizadas en términos exculpatorios pudieron ser valoradas como confesión, llegando a ser la base única en la que fundamentar la declaración de culpabilidad de la recurrente. No lo hizo así, y tal ausencia de justificación nos impide valorar la razonabilidad de la inferencia, es decir, la virtualidad incriminadora de la única prueba que fundamenta la condena. Todo lo cual lleva a la estimación del amparo pretendido por haberse lesionado el derecho a la presunción de inocencia por ausencia de la mínima exteriorización del fundamento de la decisión de mantener como probados los hechos que declaró la Sentencia de instancia, que fueron, también en casación, sustento de la condena penal impugnada» (FJ 5).

(Sentencia 249/2000, de 30 de octubre. «BOE» núm. 288, de 1 de diciembre. Sala Segunda. Recurso de amparo 507/96. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo)

Principio acusatorio. Derecho a la presunción de inocencia

Los recurrentes alegaban la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, básicamente por una pretendida falta de prueba del engaño, como elemento fundamental del delito de estafa por el que se los condenó. Concretamente, los recurrentes en amparo cuestionaban la razonabilidad del discurso que unía el relato fáctico y la actividad probatoria. Sin embargo, la STC, luego de examinar la Sentencia impugnada, concluye afirmando que ésta se había basado en verdaderos actos de prueba, practicados con todas las garantías en el acto del juicio y valorados motivadamente de modo razonado y razonable.

Por último, los recurrentes alegaban, en relación con el delito de falso testimonio por el que habían sido condenados todos ellos, la vulneración de su derecho a ser informados de la acusación y el principio acusatorio, por cuanto que, por un lado, la modificación de la calificación provisional realizada por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral constituyó una «acusación sorpresiva» al ampliar los hechos que imputaba a los tres acusados, y, por otro, la Sentencia no respetó la necesaria correlación entre acusación y fallo, puesto que incluyó en el apartado de hechos probados afirmaciones de hecho no realizadas por el Ministerio Fiscal en su calificación definitiva, excediendo así los términos del debate. Pues bien, en cuanto a la primera perspectiva de la vulneración del principio acusatorio alegada por los recurrentes, luego de comprobar que efectivamente el Ministerio Fiscal había realizado varias modificaciones en sus conclusiones definitivas, sin que la defensa de los tres acusados, en este mismo trámite, hubiera hecho protesta o petición alguna de aplazamiento, dice la STC que «desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, hemos señalado que el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales (...). También que, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa, es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (...). Si el defensor de los

acusados –hemos dicho– estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos, y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió, conforme al artículo 793.7 LECrim, solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo. Por esta sola razón ha de denegarse el amparo por esta vulneración. Pero, aun cuando obviáramos lo anterior, la solución debería ser la misma, pues del contenido del escrito de calificación definitiva del Fiscal se desprende que los recurrentes recibieron toda la información precisa para articular su defensa. Y en cuanto a la segunda perspectiva de la vulneración del principio acusatorio, referida a la correlación entre la acusación y el fallo, señala la STC que «el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el artículo 24.2 CE y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (...), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria compuesta, tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso –ni objeto por lo tanto de acusación–, ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (...). Ahora bien, también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulte esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación (...). Por ello, en algunas ocasiones nos hemos pronunciado sobre la mayor o menor vaguedad o imprecisión de los hechos incluidos por las acusaciones en la calificación definitiva (...) o sobre la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible, que no produce una alteración esencial en los términos del debate (...)» (FJ 18). En el caso concreto, el TC no advirtió ninguna lesión del principio acusatorio, pues los recurrentes conocieron los hechos punibles y los debatieron e impugnaron, y en cuanto a la Sentencia condenatoria, «es cierto que incorpora al relato de hechos probados la explicación concreta, pregunta por pregunta, de los extremos de las declaraciones que considera falsas, pero sin alteración esencial de los términos en que se produjo el debate y sin que, por lo tanto, se produjera una indefensión de los recurrentes, pues el hecho punible del que eran acusados –faltar conscientemente a la verdad como testigos en causa civil– se encontraba perfectamente identificado y debatido en el acto del juicio oral. En definitiva la falta de homogeneidad entre el relato de hechos de la acusación y los hechos que la Sentencia declaró probados, es meramente formal y no afectó sustancialmente a las posibilidades de defensa de los recurrentes» (FJ 19).

(Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre. «BOE» núm. 4, de 4 de enero. Sala Segunda. Recurso de amparo 211/1997. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Deniega el amparo)

ARTÍCULO 25.1 CE

Derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE): vulneración por aplicación extensiva in malam partem del delito de intrusismo. STC 111/1993

La principal alegación de los recurrentes y por la que se le concede el amparo, se centraba en la vulneración del derecho a la legalidad penal por la Sentencia que impugnaban, en la que se había realizado una interpretación analógica de la Ley penal en el sentido de la doctrina contenida en las SSTC 111/1993 y 219/1997.

La STC parte de la doctrina sobre esta materia de principio de legalidad penal y delito de intrusismo, seguida en la STC 111/1993 y veintiocho resoluciones más que enumera, recordando que «en el período en que acaecieron los hechos enjuiciados (años 1989 a 1992) el delito de intrusismo quedaba definido como el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional (art. 321 del Código Penal de 1973). Nuestra doctrina consideró que se incurría en una aplicación analógica, prohibida por el artículo 25.1 CE si se condenaba por este delito sobre la base de entender que los términos “título oficial” eran interpretables en el sentido de “títulos no académicos” o “títulos no universitarios”, es decir, si se condenaba por realizar actos propios de una profesión que no requiriera una titulación universitaria. Y para concluir que tal entendimiento quedaba fuera del sentido literal posible de la locución “título oficial” recurrimos no sólo a criterios lingüísticos, sino que, dada la versatilidad del lenguaje y la posibilidad de que una norma admita en principio diversas interpretaciones (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7), fundamentamos nuestra conclusión también en pautas históricas, lógico-sistemáticas y teleológicas. Pero en relación con esta última pauta de naturaleza finalista argumentamos también que es contrario al principio constitucional de proporcionalidad entre el injusto y la pena, en relación con el reconocimiento a la libre elección de profesión u oficio que establece el artículo 35 CE, dispensar la intensa protección penal del artículo 321 del Código Penal de 1973 frente a injerencias en profesiones que, precisamente por no requerir un título académico oficial, no afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional —como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad—; pues en tales casos, como señala la STC 111/1993, bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa. Y en esa misma resolución, por último, el Pleno de este Tribunal declaró que lo verdaderamente relevante a efectos constitucionales no es si la profesión exige como uno más de entre los requisitos necesarios para ejercerla el disponer de un título universitario, sino si el título en sí de la profesión de que se trate es un título académico, para cuya obtención sea preciso haber superado estudios superiores específicos y que sea expedido por una autoridad académica (STC 111/1993, FJ 9)» (FJ 2).

«En el presente caso, en el período en que ocurrieron los hechos enjuiciados (años 1989 a 1992) se requería para ejercer la profesión de Gestor Administrativo,

tal y como advierte la Sentencia de apelación impugnada, estar en posesión de un título de Licenciado en Derecho, en Ciencias Económicas, en Ciencias Empresariales o en ciencias Políticas. Dicha Sentencia se basa para condenar en que los recurrentes carecían de alguno de dichos títulos y en que la profesión de Gestor Administrativo es de las que requieren inexcusablemente título académico para su ejercicio, ya que éste puede afectar a intereses importantes de las personas que les encomiendan las gestiones que en cada caso procedan. Pues bien, con la doctrina constitucional que se ha dejado esbozada antes no es posible aceptar ninguna de estas razones.. Por un lado, el título de Gestor Administrativo no es expedido por una autoridad académica sino por el Ministro de la Presidencia del Gobierno –actualmente por el Ministro de Administraciones Públicas–, según indica el artículo 12 del Estatuto Orgánico del Cuerpo de Gestores Administrativos. Y, por otro lado, como declararon las SSTC 130/1997, 219/1997 y 142/1999, no se observa en el ejercicio genérico de esta profesión un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad se haga merecedor de tan algo grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones. Estas circunstancias determinan que el órgano judicial se ha situado en este supuesto fuera del sentido literal posible de la noción “ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico”, que aparece en la figura delictiva del intrusismo del artículo 403 del vigente Código Penal, de conformidad con los valores constitucionales expresados a partir de la repetida STC 111/1993 por este Tribunal y, en consecuencia, infringe la prohibición de aplicar extensivamente *in malam partem* normas penales, vulnerando por ello el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). En efecto, la Sentencia recurrida, aplicando el artículo 403, inciso primero, del vigente Código Penal, impone a los demandante de amparo la pena prevista para el intrusismo en actividades profesionales cuyo ejercicio exige hallarse en posesión del correspondiente “título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente”, lo que supone una notoria vulneración del principio de legalidad penal» (FJ 3).

(Sentencia 174/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 547/97. Ponente: Magistrado D. Fernando Garrido Falla. Otorga el amparo)

Derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE): interpretación analógica o extensiva in malam partem

En el presente caso los recurrentes alegaban varios derechos fundamentales como vulnerados, aunque era el derecho a la legalidad penal el que principalmente alegaban los recursos de amparo resueltos, desfavorablemente, por el TC.

Ante todo, la STC deja claro que, según reiterada jurisprudencia constitucional, «la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (...)».

Ahora bien, continúa señalando la STC, «una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucional-

mente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal (...), sin olvidar que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta ni se crean nuevas figuras delictivas ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento (...). Pues bien, en el presente caso..., no es posible apreciar que la Sentencia recurrida realice una interpretación extensiva o analógica de las normas reguladoras de la autoría en los tipos penales por haber subsumido los hechos en el artículo 520 del Código Penal (texto refundido de 1973). En primer término, sólo puede hablarse de una aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas. En este caso, basta la lectura de la Sentencia impugnada para comprobar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha hecho una aplicación razonada de las normas del Código Penal reguladoras de la autoría, vigentes en las fechas de realización de los hechos, en relación con el tipo penal aplicado y con base en una reiterada línea jurisprudencial, sin que haya aplicado retroactivamente el artículo 15 bis del Código Penal (texto refundido de 1973), incorporado al mismo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, precepto al que hacen referencia los recurrentes. Por ello no cabe apreciar vulneración, desde la expuesta perspectiva constitucional, en la interpretación y aplicación que de las normas sobre la autoría, en relación con el delito tipificado en el artículo 520 del citado Código Penal, efectuó dicha Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En segundo término, si se aceptase la identificación que los recurrentes hacen entre infracción de Ley e infracción constitucional, el recurso constitucional de amparo resultaría desnaturalizado para transformarse en un recurso universal de casación, violentando lo dispuesto en los artículos 53.2, 161.1 b) CE y 41 y 44 LOTC..., pero ni la Constitución garantiza, ni el recurso de amparo protege el hipotético derecho, que aquí se conecta con el principio de legalidad penal, a obtener de los tribunales de justicia decisiones que coincidan con el criterio que los mismos justiciables tienen sobre la cuestión (...). No ha habido, pues, la vulneración del principio de legalidad penal, en relación con el artículo 25.1 CE» (FJ 4).

(Sentencia 185/2000, de 10 de julio. «BOE» núm. 192, de 11 de agosto. Sala Primera. Recursos de amparo 1255/1997, 1271/1997 y 1292/1997 (acumulados). Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Deniega el amparo)

Principio de legalidad penal (art. 25.1 CE): compatibilidad constitucional de la incorporación de los tipos penales de elementos normativos

La alegación referida a la vulneración del principio de legalidad habría tenido lugar porque el recurrente fue condenado por un tipo penal agravado (delito contra la salud pública por tráfico de éxtasis como sustancia que causa grave daño a la sa-

lud) inexistente en el momento de producirse los hechos. «Sin embargo no se puede llegar a la conclusión de que la Sentencia haya infringido el principio de legalidad penal que, como derecho fundamental de los ciudadanos, defiende y encomienda al legislador la definición de los hechos constitutivos de delito y la concreción de las penas ligadas a ellos (...), siendo por lo demás dicho principio conciliable con la incorporación al tipo de elementos normativos (...). En la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, se dio una nueva redacción al artículo 344 CP 1973, configurándose un tipo completo donde la acción aparece caracterizada por uno de tales elementos consistentes en la distinción genérica entre sustancias gravemente perjudiciales para la salud y aquéllas que no lo son. En lo que se refiere a la garantía material del principio de legalidad que deben respetar los Jueces y Tribunales, el Constitucional ha establecido un canon de constitucionalidad, desde cuya perspectiva cabe hablar de aplicación analógica extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor del precepto, sea por la utilización de pautas de valoración extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresa de las resoluciones en entredicho (...). Una vez fijado este canon, aunque tenga razón el recurrente cuando afirma que en el momento de la realización de los hechos todavía el Tribunal Supremo no se había decantado a favor de la inclusión del “éxtasis” en el catálogo de drogas gravemente perjudiciales para la salud, como bien dice el Fiscal en sus alegaciones, ninguna sustancia ya estupefaciente o psicotrópica podría subsumirse entonces en la descripción del tipo “gravemente perjudicial para la salud” hasta que necesariamente existiera un primer pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, seguido de otros más en el mismo sentido, y de esta manera siempre podría alegarse que no es posible la calificación más gravosa si no existe previamente una doctrina legal, ya que la expresión “gravemente perjudicial” para la salud se predica sin dificultad alguna de la droga conocida como “éxtasis” en la mentalidad del hombre de la calle, medida de todas las cosas en un sistema democrático» (FJ 4).

(Sentencia 195 de 24 de julio. «BOE» núm. 203, de 24 de agosto. Sala Segunda. Recurso de amparo 156/1995. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende. Deniega el amparo)

Derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE): ámbito del control constitucional de la subsunción e interpretación de la norma efectuada por la jurisdicción ordinaria

Los recurrentes habían alegado, entre otros derechos, la vulneración del derecho a la legalidad penal, basando la misma en la consideración de que la subsunción realizada había incurrido en una indebida extensión *in malam partem* del tipo penal. Dice al respecto la STC, con cita de la STC 137/1997, que sobre el control de la interpretación de las normas penales, la doctrina del TC «parte de la premisa de que corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la tarea de interpretar los tipos penales (...). El control constitucional de las operaciones de subsunción e

interpretación de la norma ha de limitarse a evitar la imprevisibilidad de la operación bien por ser irrazonable, bien por apartarse del tenor literal del precepto, bien por ser extravagante en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional vigente. Por ello para llevar a cabo este control externo ha de recurrirse únicamente a tres criterios: el lógico, el técnico y el de experiencia. En definitiva, hemos mantenido que no es función del Tribunal Constitucional decidir cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, oportuna o adecuada de entre las posibles: su labor, por el contrario, ha de ceñirse a verificar que corresponde a las reglas mínimas de interpretación antes mencionadas, que la hagan previsible para los interesados» (FJ 12). La STC rechaza también esta pretendida vulneración constitucional, señalando que el recurrente no fue condenado por un delito de estafa con la única base probatoria de la simulación de una compraventa, sino por toda una serie de actuaciones en relación con el caudal relicto de una herencia. «En definitiva la calificación jurídica de las afirmaciones de hecho que la Sentencia tiene por acreditadas, no se basa en deducir –como interesadamente mantienen los recurrentes– de la simple simulación de un contrato de compraventa la existencia de un engaño, sino que por el contrario se funda en toda una serie de actuaciones, que se califican como engañosas, en una interpretación del elemento del engaño bastante, inherente al delito de estafa, que de acuerdo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia, no puede tildarse de irrazonable, ni se aparta del tenor literal del precepto, ni es extravagante de acuerdo con los principios del ordenamiento constitucional, por todo lo cual ha de rechazarse la pretendida vulneración del derecho proclamado en el artículo 25.1 CE» (FJ 13).

(Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre. «BOE» núm. 4, de 4 de enero. Sala Segunda. Recurso de amparo 211/1997. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Deniega el amparo)

ARTÍCULO 25.2 CE

La motivación en los supuestos de denegación de permiso de salida a un recluso; necesidad de su conexión con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento

El recurrente en amparo, interno en un Centro Penitenciario, dirigía su recurso contra resoluciones que habían denegado un permiso de salida, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que la respuesta recibida de los órganos judiciales fue «una respuesta impersonal, estereotipada, que no analiza los requisitos específicos requeridos para la concesión de tales permisos y que añade, de modo erróneo y arbitrario, un requisito contrario a las previsiones de la Ley Orgánica General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario de 1981, aplicable en el caso. Aduce el recurrente que la necesidad de tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena, como argumenta la Audiencia Provincial de Vitoria en la resolución que combate, cuando el Reglamento Penitenciario de 1981 sólo exige para la concesión de los permisos haber cumplido la cuarta parte de la condena, es una interpretación arbitraria y ajena a la finalidad de los permisos penitenciarios».

La STC reitera que el derecho a recibir una resolución «fundada en Derecho» respecto de la pretensión ejercitada, es una garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos, por lo que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación. Y en los supuestos de denegación de permisos de salida penitenciarios, lo relevante desde la perspectiva de la resolución fundada «es determinar si la motivación de las resoluciones impugnadas denegando la concesión de permisos de salida, es reducible a los supuestos constitucionalmente lícitos, y si de tales resoluciones objeto de análisis puede extraerse la conclusión de que se ha producido la denegación del permiso de salida con arreglo a dichos supuestos. Desde este planteamiento (...), la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad: la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) al contribuir a lo que hemos denominado la “corrección y readaptación del penado” (...) y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aun cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos que, como expresamente hemos dicho (...), pueden fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen, además, un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, e indican cuál es la evolución del penado. No obstante, hemos llamado también la atención sobre las cautelas que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, declarando que es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que éstos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados» (FJ 3).

Recuerda la STC que «la ausencia de automatismos en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, modificado por el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, aplicables en el presente caso. En sus artículos 47.2 y 254, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Estos permisos se pueden dispensar, previo informe de los equipos técnicos, a los penados que, estando clasificados en segundo o tercer grado, reúnan dos requisitos objetivos: haber extinguido la cuarta parte de la totalidad de la condena y no observar mala conducta. En desarrollo de dicha previsión legal, el artículo 254.2 del Reglamento Penitenciario añade que, no obstante reunir los dos requisitos antes mencionados, la propuesta de los equipos técnicos o el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración serán negativos si, por informaciones o datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias

peculiares, consideran que es probable que el penado quebrante la condena, o que cometa nuevos delitos o, simplemente, que el permiso pueda repercutir negativamente en la finalidad principal del disfrute que es la preparación de la vida en libertad del interno. Por ello, hemos exigido que en la concesión o denegación de los permisos de salida se explicita la presencia de tales circunstancias o requisitos, tanto en sentido positivo como negativo, exponiendo así las razones conectadas con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento» (FJ 4).

En el caso concreto, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria impugnado había desestimado la queja formulada por el recurrente contra el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario en donde se hallaba interno, «tras recabar informes sociales, psicológicos y de conducta del recurrente, a la vista del informe negativo del Centro Penitenciario, razonando que si bien cumple los requisitos de haber cumplido una cuarta parte de la condena y estar clasificado en segundo grado, como establece el artículo 254.2 del Reglamento Penitenciario, “no concurren las demás circunstancias que dicho precepto exige para la concesión del permiso de salida solicitado, toda vez que la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (...) podría favorecer el quebrantamiento, por lo que ante el informe negativo de la Junta de Régimen y la oposición del Ministerio Fiscal, no procede estimarse la queja del interno”. En los informes emitidos por el Centro Penitenciario a petición de la Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el educador y el psicólogo se resaltó que a la vuelta a prisión del demandante, después de disfrutar un permiso anterior, dio positivo al consumo de *cannabis* y opiáceos, y a sus antecedentes de consumo de drogas. Consta, asimismo, que el informe de la Junta de Tratamiento fue contrario a la concesión del permiso por unanimidad, con base en la lejanía de las tres cuartas partes para el cumplimiento de la condena». La STC dice que «no le corresponde a este Tribunal, en sede de recurso de amparo, determinar cuál sea la interpretación más plausible de los condicionantes legales y reglamentarios de los permisos de salida, ni, por tanto, si el criterio de denegación expuesto en las resoluciones impugnadas resulta o no el más indicado para una correcta política de permisos. Y también hemos afirmado que, dado que el disfrute de dichos permisos no es un derecho incondicionado del interno, sino que en su concesión interviene la ponderación de otra serie de circunstancias objetivas y subjetivas para impedir que la finalidad de la medida se frustre, lo esencial es comprobar que las razones empleadas para fundamentar el rechazo de la pretensión del recurrente no se encuentran desconectadas con los fines de la institución, es decir, con la preparación del interno para la vida en libertad» (FJ 5).

La STC concluye señalando que «las resoluciones impugnadas, además de haber considerado los informes específicamente recabados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que arrojaron como resultado episodios de consumo de estupefacientes en un anterior permiso, no han subordinado la decisión al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, introduciendo así un requisito no previsto legalmente; por el contrario razonan que la función de preparación de la vida en libertad está relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, argumentación que hemos declarado expresamente compatible con los fines de la institución (...), que no excluye ni impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior, y que es apreciada por los Tribunales ordinarios desde unas condiciones de inmediación para la valoración de las circunstancias concretas del caso de las

que no goza este Tribunal (...), todo lo cual nos lleva a la desestimación del presente recurso de amparo» (FJ 5).

(Sentencia 109/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 322/1996. Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano. Deniega el amparo)

Fines lícitos de la pena privativa de libertad

En cuanto a la pretendida vulneración del artículo 25.2 CE, es igualmente rechazada por el TC. «a) En primer término se afirma que las penas privativas de libertad de tan corta duración como la asignada (entre uno y treinta días de arresto menor) no pueden tener el efecto requerido por el artículo 25.2 CE de la resocialización y reinserción sociales. Esta argumentación se basa tanto en una comprensión del alcance y contenido del artículo 25.2 CE que no encaja con la que este Tribunal ha venido perfilando a través de su jurisprudencia, como en su entendimiento, al menos incompleto, del modo en que las penas cumplen y pueden cumplir los objetivos que legítimamente se les atribuyen. En efecto, ha de tenerse presente de un lado, como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, que el artículo 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (...). De otro lado, que la presunta vulneración del artículo 25.2 CE parece partir de que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad es la resocialización y reinserción social. Sin embargo, como este Tribunal ha declarado en la ya citada STC 150/1991, FJ 4, “el artículo 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles –prevención especial, retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena”. De lo que se desprende, en primer lugar, que no puede afirmarse que las penas de arresto menor con las que se conmina la conducta en abstracto infrinjan el artículo 25.2 por su inidoneidad para cumplir uno de entre los varios fines constitucionalmente legítimos, ya que la constitucionalidad de dicha pena quedaría avalada por su aptitud para alcanzar otro u otros de dichos fines. En segundo lugar, que su confrontación con el mandato contenido en el artículo 25.2 CE en ningún caso puede derivar de su genérica falta de virtualidad para alcanzar la resocialización del condenado. A lo que cabe agregar, por último, que no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador. b) En segundo término se alega que la inidoneidad de esta pena para alcanzar el fin resocializador deriva de la forma domiciliaria y en ausencia de control y supervisión judicial, en la que, en la práctica, se cumple. Pero tampoco este argumento puede compartirse. Si bien es cierto que el contenido del artículo 25.2 CE se vincula de forma directa con el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, no lo es menos que el mandato que establece opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las

penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. Es en este marco en el que se inserta la posibilidad de cumplir el arresto menor en el propio domicilio. Forma de ejecución que, al contrario de lo argumentado en la cuestión de inconstitucionalidad, se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva. c) Por último, se sostiene que esta pena es igualmente contraria al artículo 25.2 CE, porque, al aplicarse sólo en caso de denuncia del ofendido, será el particular el que ejercitará el *ius puniendi*. Resulta pertinente precisar, en primer término, que no se trata del ejercicio del *ius puniendi* por el particular, sino del ejercicio de la acción penal que pone en marcha el procedimiento a través del cual se instrumentaliza el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado; pues como ha sido puesto de relieve en muchas ocasiones por este Tribunal, el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (...); sino a que la víctima del delito le asiste el *ius ut procedatur*, es decir, el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (...). Procede, de otra parte, rebatir la incompatibilidad de la exigencia de denuncia previa del ofendido para la persecución de los delitos con el artículo 25.2 CE. Pues, de un lado, el sometimiento de la persecución de estas infracciones a este requisito de procedibilidad debe ser examinado a la luz del sistema penal en su conjunto, y no de forma aislada como se pretende en esta cuestión. Pero de otro, incluso desde esta perspectiva, hay que decir que el dejar en manos de la víctima la puesta en marcha del procedimiento penal ni tiene necesariamente efectos contrarios a la resocialización del autor de la infracción, ni tampoco a los fines preventivos-generales igualmente legítimos al amparo de nuestra Constitución. En efecto, basta reparar en que caso de existir denuncia de la víctima, se habrá iniciado el proceso penal y esta situación en nada difiere de la que se hubiera producido mediante una intervención del Ministerio Público tanto en lo que respecta a los fines de la pena como respecto a la reinserción social del condenado. Y si la víctima decide no denunciar la infracción, es obvio que, por no existir un proceso penal y una condena, no se suscita el problema de la reinserción y, al no haber un interés público suficiente para la persecución del delito, tampoco se suscita una alteración de los fines de la pena. En definitiva, ni la pena de arresto menor en sí misma considerada, ni su cumplimiento domiciliario, ni su imposición sólo tras un proceso que exclusivamente puede instar el ofendido pueden considerarse contrarios el artículo 25.2 CE, pues ni imposibilitan que se alcance la resocialización del autor, ni impiden la consecución de otros fines igualmente legítimos de la pena al amparo de la Constitución. Lo que ha de conducir, junto a lo expuesto en los fundamentos procedentes, a la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad» (FJ 4).

(Sentencia 120/2000, de 10 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2594/1994. Planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gavá, Barcelona, respecto del art. 586 bis del Código Penal de 1973, en cuanto requiere la

previa denuncia del ofendido para perseguir la falta de imprudencia simple que causa mal a las personas, y la sanciona con un arresto de corta duración. Desestima la cuestión. Ponente: Magistrado D. Julio D. González Campos)

Derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad, en relación con el disfrute de permisos penitenciarios. Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): denegación de permiso de salida a un recluso, razonada y no desconectada de los fines de la institución. La relación entre los permisos penitenciarios de salida y el mandato constitucional del artículo 25.2 CE

El recurrente, de nacionalidad francesa, interno en un establecimiento penitenciario, alegaba en su recurso, en primer lugar, la vulneración del principio de igualdad ante la ley sin sufrir discriminación (art. 14 CE), imputable a la Audiencia Provincial, por haberle denegado un permiso ordinario de salida, atendiendo, según su criterio, exclusivamente a su condición de extranjero. La STC señala que en el caso resuelto no existe ni se ha aportado por el recurrente dato alguno que permitiera confirmar aquella alegación. La STC reconoce que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, «pero a la hora de explicar los motivos y de exponer los argumentos acreditativos de la discriminación, en la denegación del permiso de salida por el hecho de ser extranjero, en la demanda se guarda un silencio total que sólo se ve interrumpido por la simple invocación a la igualdad. Por tanto, el demandante no ha desplegado, como es su obligación, una mínima actividad, ni mostrado indicio alguno, para llevarnos al convencimiento de que ha sido objeto de un trato discriminatorio en la aplicación de la ley que ha llevado a cabo la resolución judicial impugnada y que pudiera haber servido para vincular la hipotética desigualdad de trato de que se queja con alguna de las causas expresamente prohibidas en el artículo 14 CE» (FJ 1).

El recurrente alegaba también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el incumplimiento del mandato implícito contenido en el artículo 25 CE, «dirigido a hacer posible el disfrute de los mecanismos e instituciones dirigidos a garantizar la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad». En cuanto a la primera vulneración, la STC señala que la resolución de la Audiencia Provincial aceptó los razonamientos contenidos en la resolución recurrida del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en la que «no se condicionó la concesión del permiso sólo al simple hecho del tiempo de cumplimiento, sino también a la probabilidad de quebrantamiento de la condena; criterio éste admitido por la Ley y de exclusiva valoración judicial...». Según la STC, «no le corresponde a este Tribunal, en sede de recurso de amparo, determinar cuál sea la interpretación más plausible de los condicionantes legales y reglamentarios de la concesión de los permisos de salida, ni, por tanto, si el criterio de denegación expuesto en las resoluciones impugnadas resulta o no el más indicado para una correcta política de permisos (...), sino examinar si los criterios en que se fundamentan las decisiones impugnadas para denegar el permiso son conformes con los preceptos legales y constitucionales a los que se orienta la institución...», por lo que concluye afirmando que las resoluciones impugnadas «contienen una moti-

vación suficiente *ex* artículo 24.1 CE, en el sentido de resolución no arbitraria o irrazonada, incluso con las matizaciones proporcionadas, en la forma indicada, por los artículos 25.2 y 17 CE. Como se dijo en la STC 81/1997 (FJ 5), también la apreciación de la fecha, todavía lejana para acceder a la libertad condicional, “resulta ser la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución”» (FJ 2).

Por último, en cuanto a la pretendida vulneración del artículo 25.2 CE, la STC señala, reiterando su doctrina al respecto, que «aun cuando la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), de forma que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida del interno, esa simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aun de derecho fundamental. Por tanto, hemos de concluir en la línea de lo afirmado en la citada STC 81/1997 que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de los permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos concurren, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación, a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados y cuya apreciación corresponde a las autoridades penitenciarias y, en último término, a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones» (FJ 3).

(Sentencia 137/2000, de 29 de mayo. «BOE» núm. 156, de 30 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2063/1995. Deniega el amparo. Ponente: Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende)

Las llamadas «relaciones de sujeción especial»: derechos fundamentales de las personas internas en centros penitenciarios. Restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario: comunicaciones «genéricas» y comunicaciones «específicas». Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): vulneración por imposición de una sanción basada en una prueba ilícitamente obtenida. STC 127/1996

El recurrente en amparo sostenía en su recurso la vulneración del derecho a la presunción e inocencia, alegando que la única prueba valorada en el expediente sancionador había sido obtenida ilícitamente, por vulnerar su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). El TC le da la razón al recurrente, otorgándole el amparo solicitado.

La STC parte de su doctrina sobre los derechos fundamentales de que gozan las personas reclusas en un centro penitenciario. «Refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas «relaciones de sujeción especial» (...), hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al

margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos, lo que, en consecuencia (...), obliga a que el marco normativo que regula, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones en el interior de los centros penitenciarios, venga determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, ya que este último sirve de norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos, pues la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 CE supone que entre la Administración Penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. En definitiva, como acertadamente resalta el Ministerio Fiscal, la relación de sujeción especial a que hemos aludido no puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga en la puerta de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (...)» (FJ 2).

En cuanto a la doctrina sobre las restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, «parte de la base de que los internos en un centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 41 a 50 del Reglamento Penitenciario que la desarrolla (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicable a este caso por la fecha de ocurrencia de los hechos) regulan su ejercicio en razón de la peculiaridades de la relación penitenciaria. El artículo 51 LOGP (y sus correspondiente reglamentarios) distingue entre las comunicaciones que hemos llamado «genéricas», que se regulan en el apartado 1, y las que hemos denominado «específicas», previstas en los apartados 2 y 3, que tienen como destinatarios al Abogado defensor, al Abogado expresamente llamado, a los funcionarios que deben intervenir en razón de su competencia, a los ministros del culto que profese el interno, a los representantes diplomáticos y a otros. El mismo precepto de la Ley ordena que las comunicaciones (orales y escritas) se realicen respetando al máximo la intimidad, sin más restricciones que las que imponen razones de seguridad, de interés en el tratamiento o buen orden del establecimiento, y permite su suspensión o intervención, en lo que se refiere a las comunicaciones denominadas generales, que ha de ser acordada motivadamente por el Director del establecimiento, dando inmediata cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Por su parte, en relación con las comunicaciones del interno con la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, el artículo 49.2 RP de 1996, lisa y llanamente, prohíbe la suspensión, restricción o intervención administrativa de las mismas» (FJ 3).

La STC aprecia la vulneración constitucional, tratándose de un supuesto esencialmente igual al que se resolvió en la STC 127/1996. «Dijimos entonces, y lo reiteramos ahora, que la Administración Penitenciaria ha procedido a la in-

intervención de una comunicación escrita del recurrente con un órgano judicial –la Audiencia Provincial de Teruel– fuera de los casos previstos en la Ley, es decir fuera de los supuestos previstos en el artículo 51.5 LOGP y en este caso al margen del contenido de la previsión reglamentaria que determina la prohibición de realizar ningún tipo de intervención de las comunicaciones del interno con el Ministerio Fiscal y con los órganos judiciales a la Administración Penitenciaria. Dicha decisión, pues, con independencia de que el escrito se entregara para su curso en sobre abierto o cerrado (STC 127/1996, FJ 4), supuso una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado por el artículo 18.3 CE con carácter general, y del artículo 25.2 CE, por lo que se refiere al penado, pues «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7), en tanto en cuanto este derecho no se halla afectado por el sentido de la pena, y no solamente no está prescrita la limitación en la Ley penitenciaria, sino que tal intervención administrativa de una comunicación, dirigida a un órgano judicial por quien se encuentra recluso en un centro penitenciario, se encuentra expresamente prohibida» (FJ 4).

La STC también aprecia en el caso resuelto la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Señala la STC que entre las garantías procesales aplicables en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia, «lo que en este último supuesto supone no sólo la necesidad de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, sino la absoluta prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos los medios de prueba así obtenidos, puesto que “el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales...” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 2)» (FJ 5).

Finalmente, la STC señala que «es indiscutible, por el contenido de la resolución administrativa y de las resoluciones judiciales, que la sanción que se impone al demandante tiene como hecho justificador único las expresiones que se contienen en el escrito que aquél remitió a la Audiencia Provincial. Tal como consta en el Acuerdo de iniciación del expediente disciplinario, en el pliego de cargos comunicado al interno, en el Acuerdo sancionador, y en las resoluciones judiciales, el recurrente fue sancionado por verter críticas al funcionamiento de los servicios médicos del Centro Penitenciario y a los funcionarios que, según él, censuraban el contenido de los escritos que dirigía a los órganos judiciales. También ha quedado absolutamente acreditado que, aunque no se retuviera el escrito redactado por el recluso, al que se dio curso con un informe rechazando tales críticas, la única prueba existente en el expediente administrativo sancionador, por virtud de la cual se estimaron acreditados los hechos, fue el propio escrito cuyo contenido, en síntesis, se recoge en el pliego de cargos, en la propuesta de resolución y en el Acuerdo sancionador. Finalmente, consta en las actuaciones y ha sido transcrita anteriormente, la alegación del recurrente de haber sido vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones, alegación que no obtuvo respuesta

expresa del órgano judicial al resolver los recursos de alzada y reforma. Sentado lo anterior, y puesto que la única prueba que sirvió de base al Acuerdo sancionador fue obtenida, violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del demandante y, por lo tanto, el conocimiento de los hechos motivadores de la sanción se debió en exclusiva a una prueba ilícitamente obtenida, ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente y, en consecuencia, procede otorgarle el amparo y declarar la nulidad del expediente disciplinario y de la sanción impuesta al recurrente, lo que ha de conllevar la anulación de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, que la confirmaron» (FJ 6).

(Sentencia 175/2000, de 26 de junio. «BOE» núm. 180, de 28 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 2341/97. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Otorga el amparo)

ARTÍCULO 53.2 CE

Carácter subsidiario del recurso de amparo

La STC no entra en el fondo de la cuestión suscitada en el recurso de amparo, por entender que éste fue prematuro.

«Nuestra jurisprudencia, en efecto, contiene una regla general en virtud de la cual no puede impetrarse directamente el amparo constitucional contra resoluciones incidentales recaídas en un proceso penal no concluido en el marco del propio proceso donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de derechos fundamentales que hubieran podido originarse, salvo que no quepa otra vía para remediarlas que el recurso de amparo (...). La regla general es garantizar el cumplimiento del principio constitucional de subsidiariedad (art. 53.2 CE). Como hemos recordado en la STC 73/1999, de 26 de abril, e insistiendo en la doctrina reiterada de este Tribunal, no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el artículo 44.1 a) LOTC cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que aún no ha finalizado, pues es necesario, en el respeto a la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, plantear dicha cuestión y dar posibilidad a los órganos judiciales de pronunciarse sobre tales vulneraciones antes de acudir en petición de amparo ante este Tribunal (...). El marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, sólo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo (...). Últimamente, en la STC 18/2000, de 31 de enero, se ha reiterado que es, en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso ha finalizado –o, dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial al-

guna que pueda apreciar y reparar la vulneración del derecho fundamental— cuando se habrá agotado la vía judicial previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional. Si así no se hiciese, estaríamos privando a los Jueces y Tribunales ordinarios de la función, que constitucionalmente tienen atribuida, de tutelar los derechos e intereses legítimos y, señaladamente, los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. Por consiguiente, no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el artículo 44.1 a) LOTC cuando la queja se deduce frente a resoluciones dictadas en el seno de un proceso penal que todavía no ha finalizado» (FJ 2).

En el caso concreto, se recurrían unas resoluciones judiciales relativas a la continuación de las diligencias por el trámite del procedimiento abreviado, entendiéndose la STC que no podía entenderse agotada la vía judicial por el hecho de haberse interpuesto un recurso de reforma y otro ulterior de queja, ya que el recurrente disponía todavía de la posibilidad de alegar a favor de sus derechos fundamentales en la denominada «audiencia preliminar» prevista en el artículo 793.2 LECrim.

(Sentencia 121/2000, de 5 de mayo. «BOE» núm. 136, de 7 de junio. Sala Primera. Recurso de amparo 376/1998. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Inadmite el recurso de amparo. Voto particular)

Falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a)] LOTC, por no interponer recurso de apelación contra la Sentencia penal cuando le fue notificada personalmente

La STC recuerda que «el recurso de amparo no es un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales y, en consecuencia, que no cabe acudir directamente a este Tribunal sin que los órganos jurisdiccionales hayan tenido la oportunidad de reparar la lesión por los cauces que el ordenamiento jurídico ofrece, ya que en otro caso se producirían dos consecuencias no conformes con la Constitución: en primer lugar, la desnaturalización del recurso de amparo al perder su carácter subsidiario y pasar a la primera línea de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso (...) y, en segundo lugar, y en correspondencia con lo anterior, una injustificada alteración de las funciones que respectivamente corresponden a los Tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos fundamentales con merma de la encomendada por la Constitución a los primeros. De este modo, hemos de reiterar que la protección de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 53.2 CE sólo puede ser demandada en esta sede constitucional cuando las vías legalmente previstas para impugnar una resolución judicial hubiesen sido utilizadas sin éxito, y, por tanto, los órganos jurisdiccionales no hubiesen reparado, pese a poder hacerlo, la lesión del derecho o libertad fundamental denunciadas por el recurrente. Si bien ha de tenerse presente, de otra parte, que el deber de un previo agotamiento de la vía judicial que el artículo 44.1 a) LOTC impone a los demandantes de amparo cuando la violación del derecho o libertad fundamental tenga su origen inmediato y directo en un acto u omisión judicial, ni puede conducir al empleo de recursos manifiestamente improcedentes (...) ni tampoco se identifica con la utilización

formal de los recursos legalmente previstos (...). Pues sólo han de ser utilizados aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales y, además, dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (...). En definitiva, el respeto a la primariedad de la tutela de los Tribunales ordinarios reclama que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquéllos no han sido íntegramente recorridos el recurso de amparo resultará inadmisibles» (FJ 2).

«La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso ha de partir de que el recurrente, cuando tuvo conocimiento de la existencia de la Sentencia condenatoria, el 24 de diciembre de 1996, adujo que nunca había sido citado para declarar por los hechos por los que se le condenaba, presupuesto ineludible, a tenor del artículo 971 LECrim, para la válida celebración del juicio en ausencia. A lo que cabe añadir que tampoco se daban las circunstancias que, según hemos expuesto, permiten acudir legítimamente a la notificación edictal. Consecuentemente se dio por notificado de la Sentencia condenatoria el 4 de febrero de 1997, es decir, cuando tuvo conocimiento personal y fehaciente de su contenido. Sin embargo, y pese a que en la Sentencia se decía que contra la misma podía interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días que, a tenor del artículo 976 LECrim han de contarse a partir de su notificación, procedió a recurrir directamente en amparo constitucional, dejando así pasar la ocasión de intentar el remedio de las tachas aducidas en la vía judicial previa que, dada la naturaleza de la apelación, era evidentemente posible» (FJ 3).

(Sentencia 216/2000, de 18 de septiembre. «BOE» núm. 251, de 19 de octubre. Sala Segunda. Recurso de amparo 554/1997. Ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Inadmite el recurso de amparo)

ARTÍCULO 119 CE

Derecho de asistencia letrada (art. 24.2 CE): su conexión con el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE)

El recurrente en amparo impugnaba la decisión de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por la que se declaró desierto el recurso de casación que había presentado. Según esta Sala, el recurrente no había comparecido en el término que le fue conferido, no habiendo solicitado la designación de Abogado y Procurador; «constando únicamente una comunicación por fax al Tribunal Militar Territorial Segundo que no puede tenerse en cuenta, ni por la forma en que fue dirigida ni en cuanto a lo que interesa en la misma».

La STC aprecia en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, aunque también afirma que resultaron afectados otros derechos, como el de asistencia letrada, conectado a su vez con el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE).

«La Constitución española, en su artículo 24.1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, lo que comprende...

el acceso a los recursos legalmente previstos. Y, como señalamos en nuestra Sentencia 11/1984..., al exigirse en determinados casos que concurra la postulación procesal para que se produzca la actividad jurisdiccional, se vulnera el artículo 24.1 CE. Ocurre de tal forma cuando el órgano judicial, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico facilita, su falta de postulación procesal, ya que no sólo se limita, sino que se hace imposible, la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 1). Los órganos judiciales han de cuidar solícitamente de la defensa del justiciable en el proceso penal. La realización efectiva del derecho de defensa impone, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 –asunto Airrey–, de 13 de mayo de 1980 –caso Artico– y de 25 de abril de 1983 –caso Pakelli–, proporcionar asistencia letrada real y efectiva a los acusados (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6). Según tenemos establecido, «la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es, simultáneamente, un elemento decisivo del proceso penal, en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso» (SSTC 42/1982, 29/1995). El artículo 24.2 CE incluye el derecho a la asistencia letrada entre el haz de garantías que integran el derecho a un juicio justo, garantías que cobran proyección especial en el proceso penal (...). Cuando la Ley exige la representación por Procurador, aunque este requisito no sea de idéntica naturaleza a la exigencia de dirección letrada, tiende como ésta a garantizar la corrección técnica de los actos procesales, realizados por profesionales con la finalidad de que la pretensión deducida pueda llegar a buen fin. Ahora bien, tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva» (FJ 2).

La STC señala que «es cierto que las formas y los requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, pero no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución (STC 118/1987, de 8 de julio, FJ 2). Incluso cuando la Ley exige la intervención de Letrado y Procurador para dar validez a una actuación procesal, los órganos judiciales han de considerar su ausencia como un requisito subsanable (STC 53/1990, de 26 de marzo), por lo que, hemos afirmado, no sólo ha de dársele oportunidad al interesado de reparar tal omisión sino que, además, “la exigencia a la parte de tener un defensor acentúa la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectiva designación de Letrado” (SSTC 91/1994 y 233/1998). En el presente caso, el condenado manifestó su intención de impugnar una Sentencia y también su voluntad de disponer de Procurador por el turno de oficio, a efectos de la interposición del recurso de casación; petición que formula directamente al Tribunal sentenciador, a través de un fax, al siguiente día de la celebración de una comparecencia ante dicho órgano, que tenía como finalidad emplazarle ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y en la que se le advirtió expresamente, tras re-

querirle para que nombrase Abogado y Procurador, que de no efectuar tales nombramientos le serían designados de los del turno de oficio. No puede estimarse que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva si se consideró que el medio concreto a través del cual fue efectuada la solicitud resultó determinante de la pérdida de tal beneficio, y de la del propio recurso de casación, cuando se constata que llegó a conocimiento del Tribunal. Y por ello resulta razonable que el ahora quejoso confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso mediante Procurador de oficio, o bien, en caso de su denegación, por uno de su libre designación, expectativa que vio frustrada porque la única respuesta de la Sala del Tribunal Supremo fue la declaración de desierto aplicado al recurso por haber transcurrido ya el término del emplazamiento. Pero es que, además, en el caso de que aquella solicitud no hubiere llegado a conocimiento del órgano judicial, o no se le hubiere otorgado validez, debió procederse conforme se le había advertido previamente al recurrente: efectuar las designaciones de oficio» (FJ 3).

(Sentencia 221/2000, de 18 de septiembre. «BOE» núm. 251, de 19 de octubre. Sala primera. Recurso de amparo 1304/98. Ponente: Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Otorga el amparo)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO
ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá de Henares

ARTÍCULO 1.2 (Y 101 A 104)

La imposición de una medida de seguridad exige como presupuesto necesario la apreciación de la eximente completa o incompleta fundada en la anulación o disminución de la imputabilidad del acusado

Único. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la Sentencia, basándolo en un único motivo, amparado en el artículo 849.1.º de la LECrim, por infracción, por indebida aplicación del artículo 105, en relación con los artículos 95, 101, 102, 103 y 104 del Código Penal de 1995.

En el desarrollo del motivo se consideran transgredidos los preceptos citados 95, 101, 102, 103 y 104 del Código Penal de 1995, que restringen la aplicación de las medidas de seguridad no privativas de libertad, establecidas en el artículo 105 del CP, a las personas declaradas exentas de responsabilidad penal en virtud de las causas de inimputabilidad 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 20 del citado Cuerpo Legal, y a las declaradas semi-imputables, por concurrir en ellas una eximente incompleta de responsabilidad penal, relacionada con su imputabilidad, prevista en el artículo 21.1.º del CP, en relación con las circunstancias 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 20 del mismo Cuerpo Legal; ya que en relación con el acusado Félix P. N., la Sentencia impugnada no hizo mención en el relato de hechos probados de que padeciera, de forma completa o incompleta, anomalías psíquicas, intoxicación por consumo de alcohol o drogas tóxicas o sufriera alteraciones de la percepción desde el nacimiento o la infancia que le hubiesen alterado gravemente la conciencia de la realidad, y en el fundamento de derecho cuarto de la misma Resolución se llega a la conclusión de que en los delitos de abusos sexuales imputados a Félix P. N. no concurrieron circunstancias modificativas de la responsabilidad; y

por ello, a juicio del Ministerio Fiscal, infringió los artículos 95, 101, 102, 103, 104 y 105 del Código Penal de 1995, el pronunciamiento de la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que aplicó al penado las medidas de seguridad consignadas en los apartados *a*), *c*) y *f*) del artículo 105 del citado Cuerpo Legal.

La representación de Félix P. N. se opuso al recurso del Ministerio Fiscal, por entender que las medidas de seguridad acordadas por el Tribunal sentenciador y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se hallaban justificadas por la situación familiar del acusado, y para no poner en peligro las medidas psiquiátricas y psicológicas, adoptadas por el mismo y su familia antes de ser juzgado, y que trataban de evitar la desintegración económica y moral del grupo familiar.

El motivo debe ser estimado.

El artículo 117 de nuestra Constitución establece la remisión de los Jueces y Tribunales al imperio de la ley.

El artículo 1.2.º del Código Penal de 1995, preceptúa que las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley.

Pues bien, en el presente caso, según los términos ya reseñados del recurso del Fiscal, no se dieron los presupuestos que permiten la adopción de medidas de seguridad, y que consisten en:

1.º Que se haya cometido un delito (regla 1.^a del art. 95 del CP); 2.º Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos (regla 2.^a del art. 95 del Código Penal de 1995); y 3.º Que la persona a la que se imputa el hecho delictivo se halla exenta de responsabilidad penal conforme a los núms. 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del CP (según lo dispuesto en los arts. 101, 102 y 103 del CP) o se halle amparada por una eximente incompleta, relacionada con los núms. 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del citado Cuerpo Legal (conforme a lo prevenido en el art. 104 del Código Penal de 1995). Concurría en el supuesto enjuiciado el presupuesto primero de la comisión de delitos por una persona, y podría estimarse concurrente el presupuesto segundo, de probabilidad de futura comisión de delitos de idéntica naturaleza a los imputados en la Sentencia condenatoria. Pero no se dio en cambio el presupuesto tercero, de la concurrencia de una eximente completa o incompleta, basadas en la de anulación o disminución de la imputabilidad de Félix P. N., sin que pueda englobarse en tales causas de exención o de atenuación la situación que afectó al acusado por formar parte de una familia incestuosa disfuncional, según los términos utilizados por el recurrente.

Por lo que procede casar la Sentencia recurrida, en el sentido de anular las medidas de seguridad decretadas en la Sentencia, y dejando sin efecto la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a Félix P. N., y ello, sin perjuicio de que la Audiencia pueda solicitar el indulto total o parcial de las penas, al amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 4 del CP si estima se dan los presupuestos de tal precepto, y acordar la suspensión de la ejecución mientras no se resuelva sobre el indulto, si considera que se da el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 4 del Código Penal.

(Sentencia de 7 febrero 2000)

ARTÍCULO 5

Diferencia entre dolo y móvil

Séptimo. Impugna el recurrente la calificación de los hechos probados como constitutivos de un delito de detención ilegal, argumentando que no concurre en la conducta de los acusados el dolo requerido por esta figura delictiva, y que «el ánimo de los autores no es otro que el cobro de una deuda».

El reproche no puede ser acogido.

Incorre el recurrente en error de concepto al confundir dolo y móvil. El dolo se configura por la concurrencia de dos elementos que se ubican en la mente y en la conciencia del autor: el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo. En tanto que el móvil, como motivación de la conducta, es un factor que no trasciende al ámbito penal, pues así como el dolo forma parte imprescindible del delito, el móvil es irrelevante salvo cuando la ley lo recoja como elemento integrante del tipo (véase STS de 30 de noviembre de 1998).

En el delito de detención ilegal, el dolo consiste en llevar a cabo consciente y voluntariamente una privación de libertad prohibida por la ley, o, dicho de otra forma, en la voluntad de privar a otro de su libertad con conciencia de la ilicitud de la acción, con independencia de que el móvil de ésta sea lícito o ilícito, justo o injusto, altruista o egoísta. En nuestro caso, el hecho probado nos dice que los autores materiales «siguiendo en todo momento instrucciones del también acusado Esteban M. M. (...)» privaron de su libertad ambulatoria a Jorge Luis C. C., obligándole a punta de pistola –de gas– a subir a su propio coche junto a los dos coacusados, manteniéndole privado de su libertad de movimientos durante las varias horas que transcurrieron hasta que la víctima les entregó un millón de pesetas que, siempre acompañado por aquéllos, sacó de una entidad bancaria.

La sola descripción de los hechos, de cuyo desarrollo estuvo permanentemente informado el acusado recurrente, que sólo dio su «venia» para liberar al señor C. cuando los coacusados le comunican que tenían el dinero y le preguntaban lo que tenían que hacer con aquél, refleja que los encausados –los tres, tanto los que materialmente llevaron a cabo el hecho, como quien les indujo directamente a ejecutarlo– sabían perfectamente lo que hacían y querían hacerlo, por lo que la concurrencia del dolo requerido por el tipo no puede ser puesta en duda.

(Sentencia de 31 marzo 2000)

ARTÍCULO 8.1

Concurso de leyes entre 208 CP (injurias) y artículo 51.2 de Ley de Navegación Aérea: injurias de comandante a pasajero. Preferencia del CP por tratarse la relación comandante-pasajero de una relación personal y no profesional

Primero. El Ministerio Fiscal formula recurso de casación frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segun-

da, en fecha 20-2-1999, que condena al hoy recurrido como autor de un delito de injurias castigado en el CP común, aduciendo la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, cuyo contenido se endereza a denunciar la falta de aplicación del artículo 51.2 de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24-12-1964 y consiguiente aplicación indebida de los artículos 208 y 209 *in fine* Código Penal.

Segundo. La mencionada Ley Especial es consecuencia de las Bases para publicar un Código de la Navegación Aérea aprobadas por la Ley de 27-12-1947, desarrolladas en una primera fase por la Ley de 21-7-1960, habiendo quedado sin regular los aspectos penal y procesal de la primera (Bases 21, 22 y 23) que constituyen el objeto de la Ley de 1964, que también tiene como finalidad sustraer al rigorismo de la legislación militar las actividades de la navegación aérea, con tipos delictivos y penalidades distintas acomodadas a sus especiales características. Posteriormente, la Ley de 26-2-1972 modifica su artículo 85; el Real Decreto-ley de 21-12-1978, artículo 2.º, incide en la misma modificando la pena máxima a imponer, sustituyendo la pena de muerte conforme al mandato del artículo 15 CE; la Ley Orgánica 1/1986, de 8/1, suprime la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecua las penas por infracciones aeronáuticas, derogando el Libro II, la disposición transitoria y las disposiciones finales de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24-12-1964, el artículo 2.º del Real Decreto-ley de 21-12-1978 y la disposición final cuarta de la Ley de 21-7-1960; por fin, la Ley Orgánica 10/1995, de 23/11, del CP, en su disposición derogatoria única, apartado f), deroga expresamente los artículos 29 y 49 de la Ley de 24-12-1964 y la disposición transitoria undécima incide también en dicha Ley Especial.

Tercero. El preámbulo de la Ley Orgánica 1/1986, ratifica la especialidad de la legislación aeronáutica, admitiendo que la «complejidad tecnológica que informa este campo, unida a las derivaciones que la misma origina, aconseja acometer el esfuerzo de actualización de una forma progresiva, que permita, en un plazo no excesivamente largo, adaptar la normativa vigente a las circunstancias que rigen en la actualidad». Todo ello determina su plena vigencia, que no autoriza al intérprete o aplicador del derecho hacer una interpretación restrictiva por razón del momento de su promulgación, de la misma forma que carece de consistencia añadir al tipo especial (art. 51.2) otros elementos no previstos por el legislador (circunstancias de peligro para la navegación o necesidad del mantenimiento de la disciplina a bordo), lo que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 25.1 CE y 1.1 CP en relación con el 9 del mismo Texto). La rúbrica del capítulo V –Abuso de autoridad (...), Título II, Libro I, de la Ley Especial, hace referencia precisamente al fundamento de la inclusión del tipo penal y constituye una *plus* de exigencia al personal que integra la tripulación en relación con su comportamiento con el pasaje, criminalizando incluso acciones meramente disciplinarias en el ámbito de otras profesiones (medidas no autorizadas por Ley o Reglamento), lo que sólo puede justificar la singularidad de la «vida a bordo».

Cuarto. La cuestión nuclear del recurso, por ello, tiene un alcance predominantemente técnico-penal, partiendo desde luego de la obligada incolumidad de los hechos probados. En rigor se trata de un concurso de leyes, siendo los hechos constitutivos subsumibles aparentemente bajo dos tipos protectores del mismo bien jurídico, el honor y dignidad de la persona, artículos 208 CP y 51.2 de la Ley Especial, resolviéndose mediante la aplicación de uno solo de ellos, que debe agotar el contenido total del desvalor de los hechos probados. Pues bien, el nuevo ar-

título 8 CP de 1995 es la norma atinente para resolver los concursos de leyes, frente al antiguo artículo 68 que sólo contemplaba el principio de alternatividad, siendo éste ahora la cláusula de cierre a falta de aplicación de las tres primeras reglas previstas en el artículo vigente (especialidad, subsidiariedad y consumación o absorción).

Quinto. La regla 1.ª del artículo 8.º señala que el precepto especial se aplicará con preferencia al general. La acción de vejar u ofender (art. 51.2 LECrim) equivale a la de injuriar (art. 208 CP) de la ley general, añadiéndose como ingredientes o elementos nuevos, fundamento de la norma especial, la condición del sujeto activo (comandante o individuo de la tripulación) y la circunstancia del lugar (aeronaute), de forma que la valoración íntegra del supuesto de hecho debe abarcar los elementos previstos en la ley general y los adicionados por la ley especial. Ahora bien, la aplicación del principio de especialidad (del que ha hecho uso esta Sala en la Sentencia de 25-10-1996 a propósito de los artículos 39 y 40 de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, Fundamento 3.º *in fine*) no puede entenderse desde una perspectiva meramente abstracta o formal, sino predominantemente material, a saber, tomando en consideración las circunstancias personales, objetivas y modales del hecho.

Sexto. Proyectando lo anterior al presente caso, con independencia del lugar de comisión, que por sí solo no puede determinar una especificidad relevante, resta la condición del condenado, Comandante, y el posible abuso o prevalimiento de ella, como señala el Ministerio Fiscal. En la premisa histórica de la Sentencia recurrida se constata en relación con el ofendido «... persona con quien el acusado había mantenido relaciones de amistad hasta que dejaron de hablarse como consecuencia del despido del señor T. F. de la Compañía Futura». Lo anterior compromete el fundamento sobre el que se asienta la aplicación del tipo especial, desdibujando el *plus* de exigencia al que nos hemos referido más arriba, relación «profesional» tripulantes-pasajeros, de forma que el desvalor de la acción se agota modalmente en el ámbito de la relación personal entre los sujetos activo y pasivo, de forma que la relación Comandante-pasajero en el presente caso pasa a segundo plano, habiéndose calificado correctamente los hechos probados ex artículo 208 y 209 *in fine* CP, teniendo en cuenta igualmente el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el carácter complementario de los tipos previstos en las Leyes Penales Especiales.

Por todo ello el motivo no debe ser acogido.

(Sentencia de 15 febrero 2000)

ARTÍCULO 11

Requisitos del delito de comisión por omisión

Segundo. Lo primero que conviene despejar —aunque ello no haya sido objeto de debate en este recurso— es la duda que pudiese plantear, en hipótesis, la aplicabilidad retroactiva del artículo 11 CP 1995 a unos hechos acaecidos antes de que el nuevo Texto entrase en vigor. No existe problema alguno al respecto aunque

en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito, puesto que, pese al silencio legal, la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad al menos desde la Sentencia de 10-4-1981. Incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos para la integración de este tipo de participación, ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, no sólo porque la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto –aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación– sino porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren. Dicho esto, debemos exponer brevemente, antes de abordar en concreto la cuestión suscitada en el recurso, los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado –la omisión nunca es causal por definición– no ha evitado su producción. Estos elementos son los siguientes: A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría –con la autoría material y con la cooperación necesaria– como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

(Sentencia de 9 octubre 2000)

ARTÍCULO 16.1

La tentativa inidónea (delito imposible) sí es punible en el CP de 1995

Tercero. El segundo motivo, con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia *error iuris*, por infracción de los artículos 138, 16, 556 y 14.3 del Código Penal.

Dice la parte recurrente que «al no existir el objeto del delito, el mismo no se puede producir, así mismo un error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal».

Entiende el recurrente que la tentativa exige la ejecución de actos que «objetivamente» deberían producir el delito y, a este respecto, pone de relieve que «el término objetivo es altamente significativo, pues requiere que el delito se produzca sobre un objeto existente y es obvio que en el caso que nos ocupa no se podía producir, porque Juan P. se hallaba ausente de su domicilio cuando ocurrieron los hechos». Todo ello, independientemente de que «la derogación del antiguo artículo 52.2 ha llevado a sostener la atipicidad de la tentativa inidónea y del delito imposible...».

La parte recurrente se refiere también al delito de resistencia del artículo 556 del Código Penal y estima que «se han infringido los artículos 556 y 16.3 del CP, porque mi representado padece retraso mental medio...».

Pese a la incorrección procesal con que ha sido formulado este motivo, al denunciarse en el mismo dos infracciones distintas que, en buena técnica procesal, demandaban sendos motivos de casación distintos también, este Alto Tribunal estima pertinente dar respuesta a las cuestiones planteadas en el mismo en reconocimiento del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En cuanto a la primera cuestión se refiere (la posible atipicidad de la tentativa inidónea), es menester poner de manifiesto que la supresión en el Código Penal vigente de la norma recogida en el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal derogado (referente a los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito) no implica necesariamente la consecuencia pretendida por la parte recurrente. Para dar una respuesta satisfactoria a la cuestión aquí debatida, sin desconocer la dificultad del empeño y que en la doctrina existen posiciones divergentes sobre el particular, es preciso atenerse a la definición que el propio Código Penal da de la tentativa. «Hay tentativa –dice el art. 16– cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

Es indudable que las mayores dificultades sobre esta materia surgen cuando de delitos de mera actividad se trata, mas cuando se está ante delitos de resultado –como sucede en el delito de homicidio–, la solución parece más simple. En efecto, partiendo del relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, al que hemos de estar dado el cauce casacional elegido (art. 884.3.º LECrim), ha de reconocerse que, en el presente caso, el acusado dio principio a la ejecución del delito perseguido (dar muerte a su hermano Julián) «por hechos exteriores» (atravesando con un hierro la puerta de entrada de la casa de este último, amontonando colchones y ropa al par de la puerta y procediendo a prenderle fuego, incluso, continuando echando al fuego otros elementos combustibles). Estos hechos «objetivamente» hubieran podido producir el resultado perseguido; no se trata –evidentemente– del desarrollo de una actividad objetivamente inocua: no puede hablarse, en el presente caso, de ningún tipo de inidoneidad absoluta (en otras circunstancias, la conducta enjuiciada hubiera producido el objetivo perseguido). De modo patente, en el presente caso, no se produjo el resultado perseguido –la muerte de Julián– por una doble razón: *a*) porque circunstancialmente el mismo se encontraba fuera de su domicilio en el momento de la acción; y *b*) por la eficaz intervención del vecindario que «logró apagar el incendio», circunstancias –ambas– «independientes de la voluntad del autor». Se cumplen, pues, todos los requisitos de la tentativa.

A este respecto, debemos recordar que esta Sala ha declarado ya que «la tentativa inidónea es punible en el derecho vigente, pues la introducción del adverbio “objetivamente” en la definición de la tentativa en el artículo 16 CP vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, “objetivamente” quiere significar (...) que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado» (véase SSTs de 21 de junio de 1999 y de 13 de marzo de 2000).

Por todas estas razones, no es posible apreciar la primera de las infracciones legales denunciadas en este motivo.

(Sentencia de 2 junio 2000)

La tentativa inidónea o delito imposible: necesidad de una aptitud objetiva de la conducta del reo para producir el hecho delictivo

Quinto. Entendemos que aquí hubo ánimo de matar en la procesada, porque así se deduce de modo evidente de la conducta objetiva que adoptó ésta contra su marido a lo largo de todo ese período de tiempo en que se desarrollaron los hechos aquí enjuiciados: desde finales de agosto de 1994 a primeros de enero de 1995 en que se descubrió el comportamiento criminal de la acusada.

Hay una primera fase que podría suscitar dudas en cuanto a la realidad de tal ánimo, la que abarca todo el tiempo en que M.^a Victoria estuvo suministrando «Haloperidol» a su marido, hasta el 27 de diciembre en que ella adopta unos nuevos métodos (segunda fase).

Pero en esa primera fase aparece ya un hecho indicativo de ese propósito homicida: ella comenta entre sus conocidos y amigos la gravedad del estado de su esposo diciendo que iba a morir de cáncer como algunos de sus familiares, cuando todo era una falacia, pues bien sabía ella que los trastornos que padecía su marido se debían exclusivamente al suministro clandestino de ese medicamento. ¿Por qué iba a propagar esos rumores falsos, si no era porque en definitiva esperaba un empeoramiento con el consiguiente fallecimiento?

Pero lo que ya no deja lugar a dudas es lo que ocurre en esa segunda fase, cuando en dos ocasiones engaña a su marido para que ingiera sendas cápsulas, que tenían el aspecto del «Nolotil» que se le había recetado, pero que en realidad contenían 4 y 5 puntas de alfiler de 1,5 centímetros de longitud, respectivamente, que ella misma había cortado con sus tijeras y había introducido en las mencionadas cápsulas: como bien dice el fundamento de derecho 3.º de la Sentencia recurrida, forma parte del conocimiento de la generalidad de las personas lo peligroso de la ingestión de objetos de este tipo ante la frecuencia con que los medios de comunicación nos hablan de las graves consecuencias que se producen por las ingestiones accidentales de tornillos, chinchetas, horquillas, espinas de pescado u otros objetos similares, que culminan de ordinario, con la consiguiente alarma, en los servicios de urgencia de los hospitales.

En ese mismo fundamento de derecho 3.º, en su último párrafo, la Sentencia recurrida razona de modo adecuado sobre la prueba de indicios que utiliza para deducir en el caso la existencia del ánimo de matar. A tal argumentación nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Sin embargo, no podemos concluir este apartado sin hacer referencia a un hecho que alega la recurrente como un indicio contrario a la realidad de ese propósito homicida: el hecho de que, en coincidencia con el suministro de la primera cápsula que simulaba ser de «Nolofil», la procesada diera aviso de la existencia de tales puntas de alfiler, lo que motivó que se adoptaran unas medidas que permitieron la expulsión con las heces de esos objetos peligrosos.

Así ocurrió ciertamente, pero la parte recurrente omite decir aquí algo que es decisivo para valorar adecuadamente ese comportamiento de doña M.^a Victoria: que ésta había introducido otras dos puntas de alfiler, igualmente cortadas por la propia acusada, en una barra de pan y simuló ante su esposo su sorpresa ante tal hallazgo, lo que sirvió para que ella pudiera protestar contra los servicios del hospital y contra la empresa suministradora del pan contra quien, al día siguiente, 28 de diciembre, presentó denuncia en comisaría. Entendemos que es razonable la explicación que de estos hechos nos da la propia Sentencia recurrida: a la procesada le era necesario hacer algo para que las sospechas de esa ingestión de objetos peligrosos no recayera sobre ella, que era quien permanentemente cuidaba de su marido en la habitación del hospital. Actuó así, «con el único propósito de desviar la atención de su persona».

Claro es que esto llevaba consigo la posibilidad de una actuación médica en beneficio del enfermo, como realmente ocurrió cuando se le dio una medicación y se le puso una dieta rica en fibras y con ello se consiguió la expulsión con las heces de tales objetos.

Pero es que la señora repitió su comportamiento pocos días después con cinco puntas de alfiler, en lugar de cuatro como en la primera ocasión, y en esta segunda ya lo hizo sin decir nada a nadie.

Todo esto ciertamente es una conducta muy extraña y hay que reconocer que es difícil averiguar qué pasaría por la mente de esa señora para comportarse de tal modo, pero cualesquiera que fueran los detalles concretos de esa maniobra, lo que no ofrece duda (así lo entendió la Sala de instancia y esto a nosotros ahora nos parece razonable) es que al ánimo de matar existió: ese complejo comportamiento no tiene otra explicación que la que nos ofrece la Sentencia recurrida.

Sexto. Veamos ahora el mismo tema desde el punto de vista objetivo, pues la recurrente nos dice que el peligro para la vida del paciente fue muy escaso, y que ello nos sitúa en un supuesto de tentativa imposible por inidoneidad del medio empleado para matar, que ha de considerarse impune.

Sobre esta materia (el delito imposible) afortunadamente ha desaparecido de nuestra legislación la perturbadora referencia que al tema se hacía en el artículo 52 CP anterior, que en su párrafo 2 castigaba con las mismas penas de la tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», con lo cual, parecía que se quería referir, con unos criterios exclusivamente subjetivistas, a los supuestos de delito imposible por falta de objeto o por inidoneidad del medio empleado para obtener el resultado delictivo, aunque la doctrina procuraba restringir la aplicación de esta norma a los casos en que, por haber existido real peligro para el bien jurídico protegido, el hecho era apto para producir una alarma social y, en definitiva, quedaba justificada la intervención del Derecho penal en su función de prevenir las acciones verdaderamente peligrosas para tal bien jurídico protegido mediante la amenaza de sanción, cuestión ciertamente confusa en el anterior CP.

En el CP 1995 han prevalecido las tesis objetivistas: por un lado, se ha suprimido la mención expresa al delito imposible que había en el referido artículo 52.2

y, por otro lado, en la regulación de la tentativa se utilizan unos términos que no ofrecen dudas al respecto, como son el adverbio «objetivamente» introducido en el artículo 16, y la alusión expresa al «peligro inherente al intento» que se utiliza en el 62, términos que no existían en el CP anterior.

Así las cosas, actualmente no cabe duda alguna acerca de la necesidad de que haya una aptitud objetiva de la conducta del reo para producir el hecho delictivo, a los efectos de poder considerar que en el caso existió una iniciación de la ejecución constitutiva de tentativa de delito. La falta de objeto adecuado, o la total falta de idoneidad del curso causal iniciado para producir el resultado previsto como delictivo, determinan la atipicidad del hecho: faltaría el tipo de la tentativa y el hecho habría de quedar impune.

Pero esto no ocurre en los casos como el presente en que hubo una conducta apta para producir el resultado de muerte pretendido por el sujeto, aunque de hecho ese resultado no se hubiera producido y después, con los conocimientos científicos que se aportaron al proceso, se pudiera comprobar que lo más probable era que, en todo caso, incluso sin intervención médica favorable para la resolución del problema, ese fallecimiento no habría llegado a producirse.

No nos encontramos ante un supuesto de inidoneidad del proceso causal para obtener el resultado de homicidio, ni siquiera de inidoneidad relativa por insuficiencia del medio empleado. Tal inidoneidad relativa podría afirmarse respecto de la conducta observada en la primera fase en que las dosis de «Haloperidol» suministradas por la esposa al marido, a pesar de prolongarse en el tiempo (unos cuatro meses), no fueron bastantes para producir la muerte. Una toma masiva de ese mismo producto, sí podría haber producido la muerte, como ocurre con toda ingestión de productos químicos, cuyo suministro en gran cantidad siempre puede ser mortal, aunque sobre este punto nada dice la Sentencia recurrida, ni tenía por qué pronunciarse al respecto, dado que lo ocurrido en la segunda fase, revela el uso de un medio comisivo (la ingesta de puntas de alfileres) que sí era apto para causar la muerte, aunque de hecho no llegara a producirla y aunque en la mayoría de los casos esa muerte no se ocasione con tales medios comisivos, porque el organismo humano funciona de modo favorable a la eliminación espontánea de esos cuerpos extraños mediante el normal funcionamiento del sistema de expulsión.

Pero la Sentencia recurrida dice claramente en su hecho probado 9.º que la ingestión de objetos punzantes como las puntas de los alfileres puede producir unos determinados trastornos por su fijación en las paredes del píloro o en las del estómago con necesidad de algún tipo de intervención quirúrgica, con el peligro que éstas siempre acarrear respecto de la vida del paciente, peligro que puede llegar al extremo si hay una perforación de esas paredes del estómago con vertido de su contenido en el peritoneo y la subsiguiente peritonitis extensa, que desde luego constituye un muy grave riesgo de fallecimiento.

En conclusión, hay que entender que, de modo indudable, en esta segunda fase hubo peligro para la vida del marido como consecuencia del comportamiento de la esposa, cumpliéndose así todos los requisitos exigidos en los artículos 16.1 CP en relación con el 139.1.º y 62 que fueron correctamente aplicados al caso.

Ciertamente no nos hallamos ante un supuesto de delito imposible claramente impune en el CP vigente por la actual regulación de la tentativa.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

La tentativa inidónea comprende aquellos supuestos en que los medios utilizados objetivamente son aptos para cometer el delito desde una perspectiva general, aunque no lo sean en el caso concreto

Decimoctavo. En relación con la insinuada inidoneidad de la tentativa al no constar efectivamente que la heroína hubiese llegado a estar en Estambul a disposición de la recurrente y su acompañante, alegándose la atipicidad en el Código Penal 1995 de la tentativa inidónea, ha de señalarse, reiterando lo ya expresado por esta Sala en la Sentencia de 21 de junio de 1999, que es cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Sin embargo ha de tomarse en consideración que el artículo 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa –aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada– es decir aquellos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción (ver también SSTS 13 de marzo y 2 de junio de 2000).

En el caso actual la recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para hacérsela llegar, practican-

do parte de los actos que «objetivamente» deberían conducir al fin planeado, incluido el desplazamiento hasta Turquía para recoger allí una concreta partida de heroína, llevando asimismo hasta Estambul el automóvil destinado a la realización del transporte e introducción de la droga en España. Si no llegó a realizar personalmente este definitivo acto de transporte –cambiándose posiblemente de personas para mayor seguridad– fue por causas independientes de su voluntad, pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. En consecuencia la sanción del hecho en la forma en que lo ha sido por el Tribunal sentenciador es correcta y el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 diciembre 2000)

Diferencias entre tentativa punible y desistimiento voluntario

Segundo. (...) La Sentencia de esta Sala de fecha 16 de febrero de 2000, señala las diferencias entre el desistimiento voluntario y la tentativa punible, siendo el factor esencial para su distinción la exigencia de la voluntariedad, sobre el presupuesto común de que el sujeto no ha realizado la totalidad de los actos ejecutivos integradores del tipo. Y así dice que «varios son los criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento: a) La concepción que va más lejos toma en cuenta la “posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente iniciada”; de modo que la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable. Sólo en este caso podría hablarse de tentativa, en tanto que resultarían supuestos de voluntario desistimiento aquellos en que, siendo posible en términos objetivos la consumación, optara el sujeto por interrumpir la acción típica cualquiera que fuese el motivo o la razón de ese apartamiento del impulso delictivo. b) El otro extremo lo brinda la concepción según la cual lo que debe tomarse en cuenta es la “cualidad moral del impulso del desistimiento” sobreacentuado así el punto de vista del “mérito” de éste. c) Entre uno y otro se sitúa el sector doctrinal que estima suficiente, para valorar la voluntariedad, que el desistimiento resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza “por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección” (Sentencia de 21 de diciembre de 1983), y que no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba y aunque éstos puedan ser absolutos o relativos, en ambos casos debe excluirse en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (SSTS de 7 de diciembre de 1977; 6 de octubre de 1988; 8 de octubre de 1991 y 9 de junio de 1992). En análogo sentido la Sentencia de 25 de junio de 1999 reitera la doctrina de la Sentencia de 19 de octubre de 1996, declarando ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, a consecuencia de su propia, personal y espontánea conciencia, y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior. d) Esta doctrina sin embargo no pue-

de aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es preciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso; y como dijo esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1999 “en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial”. En conclusión: será correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas.

De este modo puede afirmarse: *a)* Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. *b)* Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes –sean o no esos motivos éticamente valiosos– o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder “irrazonable” desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad –sea cual fuere su origen– de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal».

En el presente caso el relato fáctico afirma que el acusado «entró en la cocina portando un cuchillo con evidente ánimo de efectuar una apropiación económica ilícita, exigiéndole al propietario la entrega del dinero de la caja». «Como quiera que el propietario trató de tranquilizarle e hizo un ademán de acercarse al mostrador donde había varios cuchillos de cocina, el acusado ante el temor a que el propietario se defendiese procedió a abandonar el local corriendo».

Es obvio que la referencia al desistimiento no tiene en el relato histórico base alguna, sino que por el contrario, pertenecen a la órbita de la tentativa punible, pues el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstuvo de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. En conclusión, pues, no existió en este caso desistimiento voluntario, sino tentativa inacabada, según la doctrina expuesta con anterioridad.

El motivo, pues, debe rechazarse.

(Sentencia de 18 abril 2000)

ARTÍCULO 16.2

Desistimiento de consumir el delito de homicidio no impide la condena por las lesiones inferidas

Segundo. (...) Como dice la Sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1999, 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 concederse 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 de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y 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 ejecución. Y aunque este tema es académicamente polémico, independientemente de las elucubraciones científicas sobre este tema, 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.

El artículo 16 del Código Penal dispone, para lo que aquí interesa, en el segundo párrafo, que «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

En el *factum* de la Sentencia recurrida, se expresa lo siguiente: «Al quedar Dolores ensangrentada sobre la alfombra de la cocina (tras el apuñalamiento causado por el recurrente), el acusado llamó por teléfono a la Comisaría manifestando que acababa de matar a su mujer y pidiendo urgentemente una ambulancia, llamada que repitió para insistir en que si se daban prisa aún podían salvarla». Como consecuencia de tal aviso reiterado, y de la llegada de dicha ambulancia, se ingresó en la UCI a la herida, que logró salvar la vida, tardando en curar 33 días, con impedimento para sus ocupaciones, sanando con las secuelas que se describen en el relato histórico de la Sentencia de instancia.

Como expone el Ministerio Fiscal en su informe, afirmado el ánimo de matar y la idoneidad de las cuchilladas para causar la muerte, la conducta del acusado llamando por teléfono para manifestar la ocurrencia del hecho e insistiendo en la llamada cuando aún la víctima está con vida, advirtiendo de la urgencia de la asistencia que permitiría evitar el resultado mortal, impiden considerar que tal con-

ducta sea desarrollada después de completar la acción, pues se ha evitado voluntariamente la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado. El motivo debe ser, pues, estimado, como apoya el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de considerar los hechos ya ejecutados como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 148.1.º del Código Penal (utilización de armas o instrumentos peligrosos, como es un cuchillo), estableciéndose una penalidad entre dos y cinco años de prisión, cuya individualización se precisará en la segunda Sentencia que ha de dictarse.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

Desistimiento en relación con los actos preparatorios: doctrina jurisprudencial

Octavo. 1. En el motivo 5.º, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega que hubo infracción de ley por no haberse aplicado al caso el artículo 269 CP. Se dice que hubo conspiración o proposición para cometer un delito de robo en el hecho ocurrido en la mañana del 1 de marzo de 1997 en el supermercado Sabeo de Soria.

Hasta allí llegaron Fernando y su compañero Antonio, luego fallecido en el primero de los tiroteos ocurridos ese mismo día. Se desplazaron en un taxi en cuya maleta habían encerrado al taxista. Iban con la idea de apoderarse de la recaudación atracando el furgón que habría de recogerla, portaba cada uno sus armas de fuego, quedaron sorprendidos de que el furgón ese día se había adelantado y entonces «penetraron en el supermercado, quedándose el procesado en una cabina telefónica a la entrada, yendo Antonio a los lavabos, y desistiendo poco después de perpetrar el robo porque intuyeron que no iban a conseguir su objetivo al pensar que los guardas jurados habían notado algo raro».

2. Así los hechos, entendemos que es claro que hubo una conspiración para el delito de robo de las penadas en el artículo 269, pues existió un concierto entre dos personas que acordaron ejecutar tal delito (art. 17.1); pero no lo es menos que hubo un desistimiento voluntario, que ha de considerarse eficaz para eximir de responsabilidad. Veámoslo.

En el CP vigente subsiste la misma laguna legal que en el anterior respecto de la figura del desistimiento en relación con los actos preparatorios del delito, laguna que hemos de llenar (analogía *in bonam partem*), acudiendo a lo dispuesto en el artículo 16.2 CP que para la tentativa declara la exención de responsabilidad penal de quien desiste voluntariamente de la ejecución ya iniciada. Si tal eficacia se reconoce cuando se ha iniciado la ejecución, con más razón aún ha de aplicarse cuando esa ejecución todavía no ha comenzado y, por tanto, el peligro para el bien jurídico protegido es más remoto: la doctrina es unánime en este sentido y también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 5-7-1948, 19-4-1965, 7-6-1976, 21-10-1987, 24-10-1989, 24-10-1990, 21-1-1991, 6-3-1991 y 7-12-1996).

3. Entendemos que en el caso presente, tal y como reconoció la Sentencia recurrida y ahora lo dice el Ministerio Fiscal en su informe ante esta Sala, nos encontramos ante un caso de desistimiento voluntario.

Claro es que desistimiento existió en cuanto que los dos se marcharon del lugar sin iniciar la ejecución del robo proyectado.

Y entendemos que este desistimiento fue voluntario, pues la razón de marcharse fue «porque intuyeron que no iban a conseguir su objetivo al pensar que los guardas jurados habían notado algo raro».

Sólo ha de tener eficacia como causa de exención de la pena el desistimiento que obedece a una motivación interior o autónoma, y nunca el que responde a una imposibilidad absoluta que hace que en realidad no pueda hablarse de conspiración desistida (no se quiere), sino de conspiración fracasada (no se puede), supuesto al que, a través de una valoración de todas las circunstancias concurrentes, necesariamente han de equipararse los casos de imposibilidad relativa, siempre que la dificultad determinante de ésta sea importante y sobrevenida.

Importante porque un obstáculo nimio que motivara un desistimiento en realidad lo que pone de manifiesto es que esa voluntad firme y decidida respecto de la ejecución del delito, necesaria para la conspiración, no existía y, por tanto, no era merecedora de sanción penal.

Sobrevenida, porque es evidente que en todo delito hay obstáculos que salvar, de modo que la planificación del hecho por los diversos sujetos que intervienen en la conspiración consiste precisamente en determinar la forma de vencerlos con el correspondiente reparto de papeles entre todos ellos. Las dificultades previstas en el plan de los futuros autores, que en el momento posterior en que se ha de decidir sobre el inicio de la ejecución aparecen magnificadas en la mente de los sujetos con relación a la valoración que de ellas habían hecho antes, no impiden tampoco la voluntariedad del desistimiento.

Sólo sirven a tal menester aquellas que se presentan como algo nuevo e inesperado, que sorpresivamente obstaculizan la continuación en los propósitos delictivos (SSTS de 7-6-1976, 21-12-1983, 7-6-1985, entre otras).

En el caso, la razón del abandono de su idea de robar estuvo, como se ha dicho, en que notaron algo raro en los guardas jurados y de ello dedujeron que iban a fracasar si continuaban en sus propósitos. Un obstáculo previsto, desde luego, la presencia de los guardas jurados que existen habitualmente en estos establecimientos. Y algo tan inespecífico, eso de que notaron algo raro, que nada importante añade al caso. Entendemos que esa dificultad que les hizo abandonar sus intenciones delictivas no impide que tenga que considerarse como voluntario el desistimiento producido.

(Sentencia de 16 octubre 2000)

ARTÍCULO 20.1

Apreciación como exigente incompleta del trastorno obsesivo compulsivo con trastorno de personalidad: requisitos

Primero. Por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el primer motivo de impugnación, en el que se denuncia falta de aplicación de la exigente incompleta del número 1.º

del artículo 21 del Código Penal, en relación con el número 1.º del artículo 20 del mismo Cuerpo Legal, alegándose también falta de aplicación del artículo 68 del propio Código, el cual se estima igualmente vulnerado.

A) El artículo 20.1 del Código Penal vigente, introduce modificaciones sustanciales respecto al texto del antiguo número 1.º del artículo 8 del Código Penal de 1973, ya que el término «enajenado», ha sido sustituido por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica». La interpretación biológica psicológica, que realizó la Jurisprudencia de esta Sala, obligaba a atender no sólo al origen o presupuesto biológico de la enajenación, sino también al concreto efecto que debe producir, y que consiste en una anulación o disminución de la capacidad intelectual o volitiva. En el nuevo Código para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad se precisa que el agente a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal. Y esta modificación al ampliar el ámbito del Código derogado, determina el que «cualquier anomalía o alteración psíquica», abarque no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, como venía entendiendo la Jurisprudencia al interpretar el concepto «enajenación», sino también otras alteraciones o trastornos de la personalidad. Ambas pueden servir de base, conforme al Código Penal, para la apreciación de esta causa de exención, siempre que produzca el mismo efecto psicológico, cual es, que en el momento de la comisión del hecho delictivo, el sujeto, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Con referencia a esta incapacidad de comprensión de la anti-juridicidad del hecho y de autodeterminación conforme a esa comprensión, la doctrina científica entiende que caracteriza mejor que la fórmula tradicional de la jurisprudencia de incapacidad de querer y entender, y que constituye la esencia de la imputabilidad, o mejor aun de falta de capacidad de culpabilidad.

El criterio expuesto ha sido el mantenido por la reciente Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1999.

Se requiere pues, conforme al artículo 20.1 del Código Penal de 1995, dos requisitos para su apreciación: 1.º) una anomalía o alteración psíquica, que constituye el presupuesto bio-psiquiátrico, y 2.º) que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, que integraría el presupuesto psicológico. Es preciso, pues, que la anomalía que padezca el sujeto activo, dice la Sentencia mencionada, se interponga entre aquél y la norma que establezca la ilicitud del hecho, de forma que no pueda ser motivado por aquélla, o que pudiendo percibir el mandato o la prohibición que dicha norma contiene, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque el mismo se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa.

En todo caso, en atención al distinto grado alcanzado por el efecto psicológico, habrá que apreciar la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión sea total [*sic*]. Cuando no es total y se manifiesta en una disminución de esas facultades intelectivas o volitivas, con una limitación para comprender la ilicitud del acto, o el conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos, será causa de atenuación privilegiada, o exención incompleta; y cuando no concurren los presupuestos necesarios para apreciar las dos causas anteriores como completa o incompleta, pero se aprecia una eximente de menor intensidad de la imputabilidad, siendo de poca incidencia en la imputabilidad del agente, se aplicará la atenuante analógica.

B) En el caso que se examina, el relato fáctico de la Sentencia impugnada expresa que el acusado desde los doce años de edad padece un trastorno obsesivo compulsivo sobre la base de una personalidad obsesivo-anancástica unido a una depresión mayor por la que viene siendo tratado farmacológicamente, lo que implica un trastorno de la personalidad, que como se ha dicho, puede integrarse en la actualidad en el número 1.º del artículo 20 del Código Penal, dependiendo de su grado de intensidad el que pueda apreciarse como eximente incompleta, cual postula el recurrente. Se admite por la propia Sentencia, fundamento jurídico tercero, que su voluntad no está anulada pero sí limitada.

Los informes emitidos en el plenario, corroboran la existencia del trastorno obsesivo compulsivo y depresión mayor, teniendo deterioro cognitivo con una menor capacidad de comprensión del entorno de sus actos y relaciones personales, teniendo afectada sus facultades con dicha patología. «Sabe que son ideas absurdas pero no puede dejar de tenerlas» y que «cualquier circunstancia emotiva le puede afectar».

En consecuencia, y tomando en consideración tal prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, es procedente que dado el trastorno de personalidad del acusado, concurre el primer elemento que integra la circunstancia eximente del artículo 20.1.º del Código Penal, a tenor de las consideraciones expuestas en el apartado A) del presente fundamento, padecer una «anomalía o alteración psíquica». No obstante, es preciso además que el recurrente a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Por tanto, es necesario que la alteración se interponga entre el sujeto y la norma que proclama la ilicitud del hecho, de tal forma que no pueda ser motivado por aquélla, o que, pudiendo percibir el mandato o prohibición contenido en la norma, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa. Y cuando la incapacidad para ser motivado por el precepto o el bloqueo que en la motivación creada por el mismo, determinen otras causas, sea sólo parcial, se dará el presupuesto fáctico para la apreciación de la eximente incompleta.

En el supuesto que se examina, el acusado era capaz de comprender la ilicitud de los hechos en el momento de comisión de los mismos, y por ello tenía aptitud para ser motivado hacia una conducta distinta por la norma que prohíbe lesionar a otra persona. Pero sin embargo, de los informes facultativos ya relatados, se pueden inferir motivaciones derivadas del trastorno de personalidad que padecía, que obstaculizaban, aunque no impedían, la adecuación de su conducta a las exigencias de la norma vulnerada. Y ese debilitamiento, atenuaba su capacidad de culpabilidad, puesto que los actos que realizó fueron determinados por los estímulos que motivaban al acusado a proceder en la forma como lo efectuó.

Por ello, debe ser apreciada la exención incompleta de responsabilidad que prevé el artículo 21.1 en relación con el 20.1 del Código Penal, casando y anulando parcialmente la Sentencia de instancia, estimando el motivo que se analiza, dictándose a continuación la procedente.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

ARTÍCULO 20.2

Drogadicción: posibilidad de apreciar eximente completa, eximente incompleta o atenuante según los casos: doctrina jurisprudencial

Sexto. (...) La jurisprudencia de esta Sala ha examinado, en reiteradas ocasiones, las distintas posibilidades que ofrece el Código Penal al drogodependiente que ha cometido un hecho delictivo, a los efectos de apreciar una circunstancia que elimine o disminuya su responsabilidad criminal. Doctrina jurisprudencial que podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) Eximente por intoxicación plena. Esta exención de la responsabilidad penal viene prevista en el número 2.º del artículo 20 CP y se refiere a quien se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (efecto psicológico).

Para que los efectos sobre la responsabilidad puedan alcanzar un carácter extintivo se requiere, pues, que se produzca una intoxicación plena o que el sujeto obre bajo un síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas que, en ambos casos, anule su capacidad de comprensión de la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión. Señalándose en la Sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 1997 que podrá apreciarse la eximente completa en supuestos de extraordinaria dependencia psíquica y física del sujeto agente que elimine totalmente sus facultades de inhibición o cuando el agente se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, en sentido estricto, propio o agudo, de manera que se encuentre impedido para conocer la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa pretensión.

b) Eximente incompleta por drogadicción. Cuando el sujeto obra bajo el síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas pero sin que esté totalmente anulada su capacidad de culpabilidad, pues puede resistirse a la comisión del hecho delictivo, aunque con gravísimas dificultades para ello. Supuesto en los que su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esta comprensión está sensiblemente disminuida o alterada (STS de 22 de mayo de 1998). Y también puede venir determinada dicha eximente incompleta bien por la gravedad de los efectos que provoca la adicción a determinadas drogas (y concretamente a la heroína), cuando es prolongada, o reciente pero muy intensa, bien en aquellos casos en que la drogodependencia se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997).

Y la Sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acom-

pañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, sida), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

c) Atenuante por drogadicción. El artículo 21.2 CP incluye entre las circunstancias atenuantes la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.

Se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada «a causa» de aquélla.

El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esa adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1998 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. Este móvil está ausente en los casos del gran narcotráfico en los que el elemento determinante de las acciones delictivas radica exclusivamente en la obtención de sustanciosos beneficios económicos. En estos casos, el impulso delictivo no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.

Y es asimismo doctrina reiterada de esta Sala —cfr. SSTS de 31 mayo 1995 y 9 febrero 1996—, que no basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia del consumo de las drogas en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Conforme a la doctrina que se deja expresada y a lo dicho sobre la drogodependencia de los acusados en esta causa, aparece correcta la decisión del Tribunal de instancia de no apreciar la eximente incompleta o la atenuante postulada.

(Sentencia de 16 octubre 2000)

ARTÍCULO 20.4

Exceso del medio utilizado para defenderse (disparar contra los que, desarmados, pretendían entrar en su casa): eximente incompleta

Cuarto. El cuarto motivo, por el mismo cauce casacional que el anterior, denuncia la infracción del artículo 20.4.º del Código Penal, «por su inaplicación, al no considerar la existencia de la circunstancia eximente de legítima defensa y tan sólo aplicarla como atenuante del artículo 21.1.ª, o eximente incompleta».

La Sala de instancia únicamente apreció en la conducta del acusado la concurrencia de la atenuante 1.ª del artículo 21 «por falta del requisito segundo, necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión, del núm. 4 del artículo 20, concurriendo los otros dos de agresión ilegítima, (...), así como la falta de provocación suficiente».

Al lado de la agresión ilegítima –requisito ineludible en todas las modalidades de legítima defensa–, la racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla, que se traduce en la necesidad de que el agredido utilice para su defensa un medio proporcionado al ataque temido o repelido, cuestión que deberá examinarse tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo (véase Sentencia de 16 de diciembre de 1991), a cuyo objeto habrán de tenerse en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico puesto en peligro y la propia naturaleza humana (véase Sentencia de 6 de junio de 1989), con la consecuencia de que «si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio», que debe traducirse en la estimación de una eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21 del Código Penal (véase Sentencia de 10 de octubre de 1996), como ha hecho el Tribunal de instancia en una decisión que debe estimarse ajustada a derecho, por cuanto el empleo de un arma por el acusado –disparando contra los que pretendían penetrar en su casa– cuando no consta que los mismos llevasen armas de ningún tipo, y pudieron ser disuadidos de llevar a cabo sus propósitos con un simple disparo al aire, debe calificarse de reacción desproporcionada. Cosa distinta es que si, tras un disparo intimidatorio, de advertencia, efectuado al aire, los individuos de referencia hubiesen proseguido en sus propósitos dando muestras de una firme decisión de asaltar la morada del acusado; pues, en tal caso, pudiera estar justificada una respuesta más contundente por parte de éste.

Por todo lo dicho, el motivo no puede prosperar y debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 febrero 2000)

Legítima defensa putativa: falta de agresión ilegítima. Penalidad

Único. Un único motivo conforma el recurso formalizado por el condenado como autor de un delito de lesiones a la pena de 9 meses de prisión. Bajo el amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim se denuncia infracción, por aplicación indebida del artículo 21-1.º en relación con el artículo 20-4.º del Código Pe-

nal y consecuente inaplicación del precedente precepto y apartado (legítima defensa) en su modalidad de eximente completa.

La combatida –por un evidente error material– acuerda en su parte dispositiva una condena «sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal» no obstante apreciar la eximente incompleta de legítima defensa y justificar su operatividad atenuatoria penológica en el inciso final del fundamento jurídico tercero y en el fundamento jurídico cuarto.

Detectada, e implícitamente corregida tal incorrección, no existe inconveniente alguno para analizar la controversia que, en torno a la referida circunstancia, en este trance reabre el recurrente, siempre que, desde luego, la perspectiva analítica tome como exclusiva referencia –dada la vía casacional elegida– el integral contenido del *factum* sin desviarse hacia hipótesis fácticas no reflejadas en dicha narración o centrada en consideraciones valorativas de los razonamientos de la fundamentación jurídica de la combatida y no en las afirmaciones de hecho, también contenidas en aquélla.

Con una habilidosa dialéctica, que presenta como contradictoria la justificación que el Tribunal «a quo» ofrece en el citado fundamento jurídico tercero, el recurrente afirma que si la Sentencia estimó una eximente incompleta, es porque entendió que no concurría alguno de los requisitos que la configuran y que, exigiéndose siempre la agresión ilegítima y, por tanto, no pudiendo faltar ésta, al no detectarse la ausencia de los demás requisitos, se debió estimar legítima defensa completa. Aseveración tan contundente que se corresponde con la línea argumental desarrollada en el recurso en la que, asimismo, y en el comprensible seno de una estrategia defensiva a ultranza, se insiste en considerar la conducta del acusado como una conducta reactiva frente a la actitud del agresor inicial que crea un peligro real y objetivo, con potencia de daño, actual, inminente e ilegítimo; una agresión seria e intensa, justificadora de la reacción defensiva necesaria por parte del acusado, va seguida de la descalificación del posicionamiento del Ministerio Público, tachándolo –exagerada pero respetuosamente– de fraudulento por introducir en el debate casacional la cuestión del error que, en todo caso, no sería de prohibición, sino de tipo (ambas posturas tienen reflejo jurisprudencial).

Es cierto que la construcción atenuatoria de la recurrida responde a un preciso designio de reconducir a términos de proporcionalidad la respuesta punitiva que merece el suceso enjuiciado y que en ese recorrido dialéctico se detectan deficiencias expositivas de naturaleza instrumental. Mas de ahí a transformar en esenciales éstos para, eludiendo la realidad y características del ataque, excluir definitivamente toda responsabilidad mediante el juego de la eximente completa de legítima defensa, va un largo trecho con obstáculos insalvables como es el de que en la Sentencia recurrida, ni en sus hechos probados ni en sus fundamentos jurídicos, se describe dicho esencial requisito de agresión ilegítima por ser totalmente inexistente. Por otra parte, también se afirma que el acusado, «por así decirlo, se adelantó» y luego que la actitud provocadora y arrogante determinó la «reacción defensiva» de aquél, para añadir finalmente, como conclusión, que, del contexto y circunstancias concurrentes en el hecho, se estima procedente aplicar la eximente incompleta.

Tal estructura expositiva se reconduce a vislumbrar una situación de agresión temida –legítima defensa putativa– que, sin decantarse expresamente por el juego del error, operativamente produce similar efecto atenuatorio, en tanto que –así se

refleja en el fundamento jurídico cuarto— la pena se rebaja en dos grados. Verdad es que el rigor expositivo de tal composición argumental no puede considerarse exhaustivo, pero sí está dentro de las cotas de ponderada valoración de las circunstancias concurrentes en la situación descrita y explica la fórmula punitiva adoptada —que por cierto resulta menor incluso que alguna de las propuestas alternativamente por la defensa del acusado— en términos que permiten su homologación por rechazo de la pretensión recurrente.

(Sentencia de 18 octubre 2000)

ARTÍCULO 20.5

Estado de necesidad: requisitos. Frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica no se puede contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que el tráfico de drogas conlleva

Segundo. (...) El estado de necesidad, como circunstancia eximente, semielementalmente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la Jurisprudencia pues 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, y 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 (STS de 26 de enero de 1999).

Las SSTs de 29 de mayo de 1997, 14 de octubre de 1996, 23 enero, 9 y 27 abril 1998, y 20 mayo 1999, 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)* pendencia 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, in-

minente, 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.

Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. Mas en cualquier caso, frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (ver la Sentencia de 14 de octubre de 1996), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar.

De ahí que la Jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico –Sentencia Tribunal Supremo 292/1998, de 27 de marzo.

No puede estimarse como circunstancia atenuatoria –análoga de estado de necesidad– para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícito –cfr. Tribunal Supremo, Sentencias de 6 julio y 1 octubre 1999.

No acreditado, pues, la concurrencia de los requisitos expuestos, el motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 24 enero 2000)

Supuestos de transporte de droga por dificultades económicas del acusado o familiares: criterio jurisprudencial

Tercero. El segundo motivo, formalizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los artículos 21.1 en relación con el 20.5 del Código Penal. La Sentencia recurrida entiende que la acusada se encontraba «sometida a una situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores».

La jurisprudencia de esta Sala tiene una línea establecida de forma constante sobre el aspecto debatido en esta litis. A propósito de la penuria económica en viajes de ultramar con objeto de conseguir numerario suficiente, como contraprestación a tal traslado con objeto de difusión de sustancias estupefacientes, particularmente cocaína, con la finalidad de atenuar determinadas situaciones personales, como graves apuros económicos, o enfermedades de hijos o familiares muy cercanos, la jurisprudencia se ha decantado en sentido negativo, señalando (STS de 1 de octubre de 1999) que el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante análoga, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia, pues 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, y 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 –STS de 26 enero 1999–. Las SSTS de 29 de mayo de 1997, 14 de octubre de 1996, 23 enero, 9 y 27 abril 1998 y 20 mayo 1999, 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)* pendencia 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. Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. Mas en cualquier caso, frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (STS de 14 de octubre de 1996), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar. De ahí que la jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico –STS de 27 de marzo de 1998–. En consecuencia, no puede estimarse como circunstancia atenuatoria ni eximente de estado de necesidad para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trate, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícitos – STS de 6 julio 1999.

Resoluciones jurisprudenciales, como la que acabamos de transcribir, son reiteradas en esta materia. Así, la STS de 23 de enero de 1998, declaró que el tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como «duras», constituye ac-

tualmente 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. La situación descrita en el *factum* recurrido es lamentable como se ha indicado, pero también es genérica, porque puede ser apreciada en otros muchos casos. La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias.

La STS de 5 de octubre de 1998, destaca lo siguiente: «en el presente caso el mal a evitar no era otro que la situación de grave penuria en que se encontraba la acusada, con directa repercusión sobre sus hijos (numerosos y pequeños, dice la Sentencia, sin especificar ni cuántos ni de qué edades), pero no cabe duda alguna que el tráfico de drogas como la heroína y la cocaína con las que traficaba la acusada constituyen actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica como la que se describe en la Sentencia, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de la comunidad de la gravedad y consecuencias como las que supone el consumo de sustancias tan nocivas como aquellas con las que traficaba la acusada. Por lo que al elemento de la “necesidad” se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito».

La STS de 4 de diciembre de 1998, dice que no se puede desconocer que en una escala de valores la difusión de la droga cause un mal de la mayor importancia habida cuenta que afecta a la salud pública de los consumidores, mal de superior entidad que el derivado de las dificultades para atender a las necesidades domésticas. O la de 22 de septiembre de 1999: la doctrina de esta Sala ha insistido en decisiones recientes en subrayar que, en el caso de tráfico ilícito de drogas, la situación de penuria y dificultad económica del agente no es mal equiparable al que con el tráfico se produce en la sociedad (SSTS de 15 de septiembre, 3 y 30 de octubre y 14 de diciembre de 1998), por lo que ha rechazado su apreciación con efectos de atenuación, aun meramente analógica. La STS de 1-10-1999 expresa que la situación económica que se describe por el recurrente no puede servir de escudo para legitimar de algún modo, directo o indirecto, una actividad tan ilegal y reprochable como el tráfico de drogas. La estimación del estado de necesidad debe suponer siempre la consideración de una última *ratio* como forma de solucionar o paliar, al

menos, un acuciante y grave problema que, por sus caracteres e inminencia, no permite dilaciones o aplazamientos en su solución. La situación a que se alude es tan genérica que, demandando una esmerada atención social, no cabe pensar en un generalizado tratamiento indulgente para el infractor traficante, habida cuenta de las consecuencias que ello habría de conllevar. En dicha línea se hallan, entre otras, las SSTS de 8 de junio y 30 de septiembre de 1994 y 28 de marzo y 8 y 14 de octubre de 1996. No ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisor, por muy agobiante que sea este problema; de ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa que provoca en nuestra sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la difusión de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica por muy evidente y grave que ésta sea. Además, entender lo contrario, ha dicho reiteradamente esta Sala, sería tanto como abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semiimpunidad de los que realizan estas detestables acciones, entre cuyas resoluciones destacan, las de 23 de enero y 27 de abril de 1998. En igual sentido la de 10 de marzo de 1998. Y la de 22 de septiembre de 1999, ha insistido en subrayar que, en el caso de tráfico ilícito de drogas, la situación de penuria y dificultad económica del agente no es mal equiparable al que con el tráfico se produce en la sociedad (SSTS de 15 de septiembre, 3 y 30 de octubre y 14 de diciembre de 1998), por lo que ha rechazado su apreciación con efectos incluso de atenuación, aun meramente analógica.

La STS de 13 de septiembre de 1999, señala que aunque la estrechez económica permite, por sí, acudir al estado de necesidad (SSTS de 4 de mayo de 1992 y 30 de abril de 1991, entre otras muchas), en cualquier caso, el agotamiento en la búsqueda de otros remedios, incluso de carácter asistencial, no está acreditado. El tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como aquellas que causan grave daño a la salud, 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. En este mismo sentido, las SSTS de 22 de junio y 11 de octubre de 1999. A tal efecto, la de 6 de julio de 1999, destaca que realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. De ahí que la jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico —STS de 27 de marzo de 1998—, añadiendo que no puede estimarse como circunstancia atenuatoria —analógica de estado de necesidad— para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícito. Igualmente la de 7 de junio de 1999 o el Auto de esta Sala de 28 de abril de 1999, terminando por argumentar la

de 20 de mayo de 1999, que no puede estimarse como circunstancia atenuatoria efectuar un viaje a América con la finalidad de transportar cocaína por el mero hecho de encontrarse en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que tratan de subsanarla por otros medios de carácter más lícito.

A la vista de la doctrina que se deja expuesta, suficientemente consolidada, debe estimarse igualmente también este segundo motivo. Efectivamente, del relato histórico de la Sentencia impugnada resultan dos apartados: el primero expone que la acusada es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita «que ha requerido distintas intervenciones médicas»; por el segundo se relata que la procesada, cuando tomó la decisión de transportar la droga, se encontraba sometida a una situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores. Es evidente que, aparte de no describirse la naturaleza de la enfermedad sino por referencias genéricas, ni tampoco precisarse qué tipo de intervenciones facultativas ha requerido, diciendo solamente que «médicas», no sabemos si también «quirúrgicas», es lo cierto que las mismas se han practicado, dando una respuesta terapéutica a la enfermedad padecida, sea ésta de la naturaleza que sea, que tampoco consta en el *factum*. De modo que la obtención del dinero conseguido para lograr los fines difusores de la droga, no está directamente conectada por la Sala de instancia con tal finalidad, sino con la de paliar «una situación de penuria económica» que le permita obtener medios económicos suficientes para atender a su subsistencia y la de sus hijos menores. Para evitar esa «precariedad económica», se acude al transporte de droga del tipo de la que fue incautada a la acusada, cocaína, que, también según se resalta en el *factum* por la Sala de instancia, dicha «sustancia intervenida causa grave daño a la salud y ha de considerarse de extraordinaria importancia por su cuantía». Ante ello no podemos sino reproducir los argumentos más arriba expuestos, en donde la jurisprudencia resalta que ese «grave daño a la salud» que proclama el Tribunal sentenciador no puede servir para amparar una situación de estado de necesidad, por la naturaleza precisamente de los males que se ponen en juego, pues este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa que provoca en la sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la difusión de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica por muy evidente y grave que ésta sea. Por consiguiente, se estima igualmente este segundo motivo, procediendo dictar a continuación segunda Sentencia por esta Sala.

(Sentencia de 24 julio 2000)

Requisitos del estado de necesidad: traficar con droga para poder operar a hijo: eximente incompleta

Segundo. Por la jurisprudencia (SSTS de 5-12-1994, 14-10-1996, 29-5-1997 y 20-5-1999), se han fijado como requisitos que deben concurrir para poderse estimar el estado de necesidad como eximente, los cinco siguientes, según literal-

mente se exponen en la última de las Sentencias citadas: *a*) pendencia 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 o riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarla; *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 o 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 obra 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.

El mal originador del estado de necesidad puede irse produciendo poco a poco, es decir, fraguándose con el tiempo, aunque en esa evolución ha de llegar un momento en que se produzca un agobio tal que hace inminente remediarla (STS de 8-10-1996). La penuria económica sólo integrará estado de necesidad, cuando determine la pérdida, falta o disminución de bienes básicos, como alimentos, vivienda, asistencia médica, según la STS de 14-12-1998.

La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 28-10-1996, de 5-10-1998 y de 20-10-1998) ha considerado que el estado de necesidad integra semieximente cuando el mal causado por el delito es mínimamente menor que el que se trata de evitar y se aprecia en la situación del agente comisor una necesidad muy poderosa para realizar la acción.

También se ha admitido por esta Sala la semieximente de estado de necesidad cuando no consta que el comisor del delito hubiese agotado previamente todos los medios de que disponía para remediar el mal que le amenazaba y que trató de evitar mediante la perpetración de la infracción punitiva (SSTS de 8-6-1994 y de 23-10-1995).

En relación al delito de tráfico de drogas, el criterio de esta Sala es muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa o incompleta en virtud del estado de necesidad. No se ha admitido justificación del estado de necesidad basado en las estrecheces o penuria económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es muy superior al derivado de la precariedad económica del traficante, siendo preciso en tales supuestos que se extreme la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual o inminente del traficante, y que también se justifique la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios (SSTS de 28-3-1996, de 8-10-1996, de 14-10-1996 y de 15-9-1998).

Excepcionalmente, se ha admitido el estado de necesidad como semieximente en el supuesto del que necesitaba apremiantemente dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica, imprescindible para salvar la vida de su hijo, y acudía para tratar de conseguir dinero al tráfico de drogas (STS de 8-6-1994).

Tercero. Con base en la doctrina expuesta en el precedente «fundamento de derecho», y principalmente en la derivada de la última Sentencia citada de 8-6-1994, y con apoyo en las conclusiones fácticas de la Sentencia recurrida contenidas en el apartado segundo del relato de hechos probados, el recurso del Fiscal debe desestimarse.

En las citadas conclusiones fácticas se expresa que el hijo de la procesada necesitaba de una urgente operación quirúrgica, sin que ella hubiera podido hacer

frente a la intervención, por su precaria situación económica, por lo que Sandra Isabel se había visto obligada a realizar el viaje a España transportando los 465 gramos de cocaína, por cuyo porte cobró un precio superior a los novecientos dólares.

En base a tales datos fácticos, que deben ser respetados por la Sala, se infiere que concurrieron en el supuesto de autos los requisitos del estado de necesidad en su modalidad incompleta, apreciado por el Tribunal de instancia, ya que al hijo de la procesada, de nueve años de edad, y a cargo de ella, le amenazaba un mal para la vida o por lo menos para la salud, lo que se deduce de la afirmación del *factum* de que necesitaba una urgente operación, y para evitar el mal que amenazaba gravemente al niño, era preciso una intervención quirúrgica, que costaba un precio, que no podía abonar Sandra Isabel, que podía obtener el dinero necesario para abonar la operación, con el que consiguiera como precio de su participación en la trada a España desde Bogotá de una partida de cerca de medio kilo de cocaína.

Hubo un mal actual e inminente, que era el que amenazaba a la salud del hijo de Sandra Isabel.

Para evitar el mal era necesario llevar a efecto la acción delictiva de tráfico de drogas, para conseguir el dinero preciso para pagar la intervención quirúrgica. Se cumplió el requisito de la inevitabilidad, aunque no se acreditase de forma total el agotamiento de todos los medios precisos para remediar el mal antes de entrar en la actuación delictiva.

El mal que se trataba de evitar, salvar la vida o la salud de una persona, podía considerarse de nivel equiparable al mal consiguiente al delito de tráfico de drogas.

La situación de necesidad no fue obviamente provocada y la acusada no tenía obligación de sacrificarse por razón de cargo u oficio.

El Ministerio Fiscal en el recurso entiende que el requisito de la gravedad, actualidad e inminencia del mal no se dio en el supuesto enjuiciado, dado que el relato fáctico y el Fundamento Primero revelan que la enfermedad del hijo de la procesada, que tenía nueve años en la fecha de autos, se manifestó a los pocos meses de nacer y estaba sujeta a un tratamiento, que se había abandonado hace años. Estima el recurrente que de tales datos no cabe inferir que la enfermedad respiratoria comportase un riesgo para la vida del niño. Pero lo cierto, según se alegó en párrafos anteriores, es que en la narración histórica de la Sentencia recurrida se afirma que el hijo de Sandra Isabel necesitaba una urgente operación quirúrgica, y tal afirmación implicaba que al niño le amenazaba un mal para la salud grave e inminente.

(Sentencia de 30 octubre 2000)

ARTÍCULO 20.6

Miedo insuperable: doctrina general

Segundo. Por la vía del artículo 849.1 LECrim se alega en este segundo motivo casacional la falta de aplicación de la eximente completa o, subsidiariamente, de la eximente incompleta, de miedo insuperable.

a) La circunstancia de miedo insuperable se sitúa entre las que se comprenden en el principio de «no exigibilidad de una conducta distinta», como llamadas «causas de exculpación» o «de disculpa», y, en definitiva, atiende al estado de perturbación anímica o de lucidez mental que supone la vivencia de un miedo.

b) La eximente incompleta de miedo ha de ser a virtud de un estímulo real, grave, cierto, conocido e inminente, sin que quepa estimarlo por analogía, pues no se ha establecido de modo concluyente la semejanza entre ambas circunstancias, la atenuante y la analógica (*vid.*, en tal sentido, STS de 8 noviembre 1993). Igualmente, la eximente incompleta de miedo ha de ser «a virtud de un estímulo real, grave, cierto, conocido e inminente, sin que quepa estimarlo por analogía, pues no se ha establecido de modo concluyente la semejanza entre ambas circunstancias, la atenuante y la analógica» (STS de 8 noviembre 1993).

c) Esta circunstancia requiere para su apreciación: a) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible, determinante de la anulación de la voluntad del individuo; 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 sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, y e) que el miedo sea el único móvil de la acción (*vid.*, entre otras, SSTS de 12 junio 1991, 19 mayo, 30 septiembre y 18 y 27 octubre 1993, 19 julio y 27 septiembre 1994, 2 diciembre 1995 y 6 mayo 1997). Igualmente, es criterio jurisprudencial para su apreciación que produzca la práctica anulación de la voluntad que se mueve a impulsos del propio temor o pánico y que el miedo sea el móvil único de la acción que como delito se persigue (*vid.* SSTS de 12 junio, 10 octubre 1991 y 9 marzo 1998).

d) Inalterado el relato de hechos probados, dada la vía casacional elegida, necesariamente decaen, en el caso, las posibilidades de éxito del recurso. En efecto, el miedo insuperable, que debe provenir –conforme a la doctrina jurisprudencial citada– de un mal real, conocido, cierto e inminente, debe sobrepasar, para ser causa de exclusión de la responsabilidad criminal, los límites del terror corriente, colocando al sujeto que lo sufra en situación de anulación de su voluntad, y tal mal carece, en el caso, de toda cimentación racional y sería, pues no consta acreditado en la narración fáctica que el acusado estuviera sujeto a amenaza alguna, recogiendo en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de la instancia que no existió prueba alguna acerca de los elementos esenciales necesarios para la concurrencia de la citada circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, antes al contrario, puesto que la acusada si tal miedo sentía, podía fácilmente evitar la situación, negándose a acudir al Centro penitenciario o denunciando las presiones a los funcionarios de tal Centro.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 884.3.º y 885.1.º y 2.º LECrim, procede acordar la inadmisión del motivo casacional alegado.

(Auto de 11 febrero 2000)

Compatibilidad del miedo insuperable con la legítima defensa. Miedo insuperable que justifica un exceso intensivo de la defensa (verse rodeado y con acompañante cogida por el cuello)

Tercero. Para su análisis, hemos de partir, como hemos expuesto, de los hechos declarados probados por la Sentencia de instancia, particularmente en aquellos aspectos nucleares de la acción que sirven para su calificación jurídica, y que se refieren al acometimiento imprevisto e inopinado del que es objeto el procesado el día 1 de diciembre de 1996, sobre las 5.30 horas, cuando salía de un pub sito en la calle Barquillo de Madrid, en unión de la joven llamada Valle F. C., siendo primeramente increpados a causa de las prendas que vestían, de estética «punk», mostrando una actitud agresiva y realizando comentarios despectivos sobre tal vestimenta, tales como «mira a los cerdos éstos», y después, en grupo de seis, todos ellos con diversas ingestas alcohólicas, a los que se unieron dos o tres amigos más, de forma imprevista, y sin que hubiera habido ningún incidente previo, inmotivadamente, como dice la Sala sentenciadora, pasaron a acometer a Rafael B. con «golpes, patadas y empujones», intentando Valle evitar la agresión, momento en que fue sujeta por el cuello y apartada del lugar por personas del grupo atacante, entre las que se encontraban Alberto G. H. y Roberto Daniel I. P., y rodeando todos a Rafael, momento en que éste, temiendo por su vida y en actitud defensiva, sacó una navaja que portaba, de ocho centímetros de hoja, y propinó dos puñaladas a Roberto, que le produjeron diversas lesiones, una de ellas muy grave, ya que si no se le hubiera intervenido quirúrgicamente le hubiera producido la muerte, y otra más a Alberto G., en el lado izquierdo de la región epigástrica a la altura de la séptima costilla izquierda, que penetró en la cavidad torácica, alcanzando el borde derecho del corazón, produciéndole la muerte inmediatamente.

Cuarto. La Sentencia de instancia razona la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa en función de la racionalidad del medio o proporcionalidad entre el ataque y la defensa, expresando que Rafael utilizó para su defensa el único instrumento que tenía a su alcance, la señalada navaja, produciendo las graves consecuencias que se dejan expuestas, no pudiéndosele exigir reflexión ni serenidad para escoger los medios de defensa, y es claro que, en el caso de autos, el procesado no contaba con más medios defensivos que la navaja que portaba, y estaba rodeado por un grupo muy numeroso de agresores, que con patadas, empujones y golpes de todo tipo le intimidaron a tal punto que produjo, como dice la Sentencia, «perturbación anímica». Como ha señalado esta Sala, no se puede exigir al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa, en ese momento concreto en el que se ha de decidir incluso la modalidad defensiva que muchas veces no será la más benévola (SSTS de 29 de enero de 1998 y 30 de enero de 1998). Ahora bien, la Sala sentenciadora no aplicó la eximente como completa en razón de que hubo un «exceso intensivo» en la reacción de Rafael, pues se excedió en la misma, ya que «realmente no hubo grave peligro para su vida o integridad física (aun cuando él pensara lo contrario)», dado el gran ímpetu en la intensidad de las puñaladas. La finalidad de la legítima defensa, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, reside, en definitiva, en evitar el ataque actual e inminente, ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente y protege con él su vida. La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fun-

dada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un «animus defendendi» que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (*animus necandi*), desde el momento que el primero se contenta con la intención o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

La doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión. La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado exceso extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que en ningún caso puede hablarse de legítima defensa. En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio.

Cuestión compleja, pues como ya dijeron las Sentencias de esta Sala de 30 marzo, 26 abril 1993, 5 y 11 abril, 15 diciembre 1995 y 4 diciembre 1997, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*.

Quinto. Respecto al caso que aquí se examina, pueden hacerse las siguientes consideraciones: 1.º) La necesidad de la defensa para oponerse a la ilícita agresión, que lógicamente no debe considerarse en términos absolutos, sino relativos en atención a las circunstancias del caso. Esta necesidad existió en tanto que el procesado se vio rodeado de un grupo de personas en actitud hostil y agresora, dando golpes y empujones, y temiendo por su vida, hubo de defenderse. 2.º) La subsidiaridad, sería un segundo elemento, en el sentido de que los medios escogidos sean los más practicables y menos perjudiciales, lo que para la jurisprudencia citada, será innegable cuando es el único de que se dispone; así sucedió en este caso en que el acusado no disponía de otras armas que la navaja tantas veces citada, de-

biendo hacer uso de ella para defenderse, ante el ilegítimo ataque del que fue objeto, temiendo por su vida, y con la joven que le acompañaba cogida por el cuello, sin que tuviera otra posibilidad de defenderse. 3.º) Por último, el elemento de proporcionalidad, significa dicha proporcionalidad entre los medios de ataque y defensa, y que exige un análisis razonable y flexible de las concretas circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, atendiendo además a las reglas de la común experiencia, pues la alusión a la racionalidad excluye las reglas predeterminadas y ajenas a la situación que vive el defensor. Aquí estimamos, como así lo hizo la Sala sentenciadora, que existe un exceso intensivo en la defensa, por la repetición de las puñaladas, la intensidad de las mismas y el lugar al que fueron dirigidas. Ahora bien, ese exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida, en una situación límite como la padecida por el procesado, o bien puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo, si hubiera elementos para su estimación. La Sala sentenciadora lo consideró incompatible con la eximente incompleta de legítima defensa, que postula y aplica. Esta tesis no es compartida, en el seno de este recurso, ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular, quienes conciben con el recurrente en su compatibilidad dogmática. Desde la vieja Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1922, se relaciona el miedo insuperable con la legítima defensa. La diferencia estriba en que la legítima defensa requiere de una agresión actual de la que se deriva un peligro inminente y el miedo insuperable es un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio (Sentencia de 21 de febrero de 1936). La Sentencia de 30 de octubre de 1985 nos dice que la inadecuación del medio reporta la simple aplicación de la eximente incompleta, a no ser que la presencia del miedo insuperable preste cobertura para alcanzar el total grado exonerativo. La doctrina científica como la jurisprudencia lo han reputado causa de inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta distinta, o, incluso, faz negativa de la acción –Sentencias de 26 octubre 1982 y 2 noviembre 1988–, incluso no ha faltado la conceptualización mixta de inexigibilidad y un estado de inimputabilidad –Sentencia de 3 marzo 1987–. La estimación como causa de inimputabilidad se ha fundamentado en la anulación de la voluntad del agente –SSTS de 15 febrero 1890, 9 enero 1903, 12 marzo 1941, 14 abril 1943, 10 marzo 1947, 8 junio 1951, 27 febrero 1954, 23 junio 1955, 20 marzo 1958, 6 abril 1961, 23 enero 1967, 28 marzo 1968, 12 febrero 1981, 15 junio 1982 y 12 junio 1991– pero, en otras ocasiones se ha atendido a la producción de un efecto psicológico de inimputabilidad en la persona –SSTS de 4 julio 1940, 23 junio 1955, 20 marzo 1958, 23 enero 1967, 8 noviembre 1968, 26 mayo 1983, 20 abril 1985, 25 marzo 1986, 29 abril 1988, 2 octubre 1990 y 12 junio 1991–. La doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente: *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 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, y *d)* Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción –SSTS de 6 marzo y 26 octubre

1982, 26 mayo 1983, 26 febrero y 14 marzo 1986, 16 junio 1987, 21 septiembre y 16 diciembre 1988, 6 marzo y 29 septiembre 1989 y 12 julio 1991-. Ya no se exige por el Código Penal en vigor la comparación intensiva de los males.

Sexto. En el caso enjuiciado, y conforme a la citada Sentencia de 2 de octubre de 1981, no pocas veces el exceso defensivo, aun conscientemente realizado (a diferencia del error en que la actuación es inconsciente, con posibilidad de generar culpa –error vencible– o irresponsabilidad penal –error invencible–), puede ser cubierto por un estado pasional asténico –del que es prototipo el miedo– hasta el punto de ser harto frecuente tal concurrencia emotiva en el defensor que se ve envuelto en el difícil trance de medir y calibrar su reacción frente al ataque, supuesto que no sólo se ha estimado plausible en el plano psicológico, sino que se ha transportado al plano legislativo tanto en los Códigos de corte clásico, como en otros de moderna factura, y que, por lo mismo, lo encontramos recogido en nuestra jurisprudencia desde las Sentencias de 12 de febrero de 1936 y 22 de diciembre de 1947. Y del *factum* de la Sentencia combatida encontramos dibujados rasgos de donde deducir tanto el error (el procesado pensaba que corría grave peligro tanto su vida como su integridad física: temía por su vida, se dice abiertamente), como el miedo («dada su perturbación anímica por la agresión ilegítima», integrado en los fundamentos jurídicos), que nos llevan a considerar el pánico que corrió como consecuencia del ataque plural y del acorralamiento del que fue objeto, temiendo por su vida, mientras era golpeado y su acompañante cogida por el cuello, para evitar toda clase de defensa, incluso la petición de auxilio a terceras personas, y en dicho estado de «perturbación anímica», como dice la Sentencia recurrida, los excesos defensivos deben ser cubiertos por este estado pasional, siendo dicho temor de carácter insuperable, dadas las circunstancias concurrentes, tanto de carácter objetivo (acorralamiento violento e inmotivado), como subjetivas (en la resolución recurrida se expone su contrastado carácter pacífico), y dominado por el pánico, sus excesos defensivos pueden ser cobijados por la eximente referida, ya que todos esos acontecimientos tienen fuerza genérica más que suficiente para desatar el miedo al menos en su situación de angustia lindante con el pánico en que la dirección de la conducta comienza a ser ya automática y próxima a la inhibición volitiva, bastante para fundar la inculpabilidad o inexigibilidad de otra conducta. Se estima este motivo del recurso, y con él, se casa y anula la Sentencia recurrida, dictándose a continuación otra en la que se absuelve al procesado, sin que proceda ya analizar el recurso planteado por la acusación particular.

(Sentencia de 24 febrero 2000)

ARTÍCULO 21.2

Posibilidad de aplicar medida de seguridad a los supuestos de atenuante de grave adicción a drogas, pese a no estar prevista esta posibilidad en el CP

Segundo. (...) 2.–El motivo debe ser estimado. El nuevo Código Penal aborda la incidencia de las drogas tóxicas o estupefacientes desde distintas situaciones a las que se corresponden distintas consecuencias.

El examen de las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal permite comprobar que son dos los presupuestos que deben ser comprobados. De una parte, la existencia de un presupuesto biopatológico que debe concretarse en un estado de intoxicación, en un síndrome de abstinencia resultante de la carencia, o en una grave adicción. En su determinación las pruebas periciales son básicas para afirmar la existencia de su necesaria concurrencia. De otra parte, el presupuesto psicológico, que se concreta en la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto, la de actuar conforme a esa comprensión, o la de actuar a causa de la grave adicción, esto es, en este supuesto la adicción se relaciona con la actuación delictiva. También en su acreditación, la prueba pericial es determinante. En el supuesto de la atenuante del número 2 del artículo 21 «actuar el culpable a causa de su grave adicción», lo determinante es la constatación de la grave adicción, presupuesto biopatológico, y la relación de causalidad que predica el tipo de la atenuación.

En la circunstancia de atenuación el legislador ha dado carta de naturaleza a la jurisprudencia de esta Sala que señalaba que el adicto a sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud de larga duración, por el hecho de padecerla, ya presenta unas graves alteraciones psíquicas «en la medida en que esa adicción genera una actuación delictiva que se realiza sobre una concreta dinámica comisiva». El legislador contempla en este supuesto a la denominada delincuencia funcional en el que la adicción prolongada y grave lleva a la comisión de hechos delictivos, normalmente contra el patrimonio, con la finalidad de procurar medios con los que satisfacer las necesidades de la adicción. De alguna manera el presupuesto biológico y el psicológico convergen en la declaración de grave adicción. En este sentido, hemos declarado que la grave adicción daña y deteriora las facultades psíquicas del sujeto que la padece, se integra como una alteración psíquica de la personalidad con entidad suficiente para la aplicación de la atenuación, pues esa grave adicción incorpora en su propia expresión una alteración evidente de la personalidad merecedora de un menor reproche penal y de la aplicación, si procede, de las medidas que el Código contempla para potenciar la deshabitación, bien como sustitutivos penales, bien en ejecución de la penalidad impuesta.

Acorde a lo anteriormente expuesto, el Código contempla la incidencia de la drogadicción en la responsabilidad penal bajo las siguientes alternativas: eximente, cuando el sujeto, por intoxicación plena o bajo los efectos del síndrome de abstinencia, carezca de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. De eximente incompleta, bajo los mismos presupuestos de la eximente si no concurren los requisitos para la exención, es decir, si el presupuesto psicológico determina una merma o reducción importante de las capacidades para comprender la ilicitud o actuar conforme a esa comprensión. La atenuante contempla los supuestos de grave adicción, afectante en los términos vistos de las facultades psíquicas del sujeto que ve compelida su voluntad a la producción de determinados hechos delictivos (cfr. SSTS de 31-7-1998, 23-11-1998; 27-9-1999 y 20-1-2000).

3.—La constatación de una adicción a opiáceos de doce años de evolución y determinante de un síndrome de abstinencia en un ingreso penitenciario reciente y anterior a los hechos, un robo con intimidación, permite la aplicación de la circunstancia de atenuación de grave adicción, por lo que el motivo debe ser estimado.

4.—Conviene señalar en este apartado que el legislador del Código Penal de 1995, que contiene una regulación importante del sistema vicarial en la regulación

de las consecuencias jurídicas correspondientes al hecho delictivo, ha olvidado contemplar una respuesta específica para el autor de un hecho delictivo bajo la concurrencia de una grave adicción que se integra en la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal. En efecto, los artículos 101 a 104 del Código Penal prevén específicas medidas de seguridad para adecuar la consecuencia jurídica correspondiente al delito con la culpabilidad del autor, estableciendo, con la amplitud necesaria para la multiplicidad de situaciones que pueden concurrir, un abanico de medidas tendentes a procurar la rehabilitación y reinserción del autor con su culpabilidad extinguida o reducida. Sin embargo, el Código no lo prevé, específicamente, para la situación de atenuación derivada de una adicción grave causal al delito cometido.

La jurisprudencia de esta Sala, con anterioridad a la vigencia del Código de 1995, había declarado que las medidas de seguridad previstas para las situaciones de exención o de exención incompleta eran también aplicables a los supuestos de atenuante de análoga significación del antiguo artículo 9.10 en relación con los artículos 9.1 y 8.1 del Código de 1973 (SSTS de 13-6-1990 y 15-9-1993), pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis carencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas.

La ausencia de una específica previsión normativa con relación a estimaciones en las que se encuentran personas cuya culpabilidad aparece reducida por una grave adicción, respecto a las que hemos declarado tienen sus facultades psíquicas deterioradas y a las que el tratamiento rehabilitador adecuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el artículo 25 de la Constitución nos obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde las disposiciones del legislador teniendo en cuenta que, como señalamos en la STS de 13-6-1990 «sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la Ley Penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción». Este criterio, que los estudios realizados siguen corroborando, debe rellenar la aparente laguna legislativa existente y declarar que la atenuante de grave adicción del artículo 21.2 del Código Penal puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del artículo 104 del Código Penal.

La posibilidad de aplicar las medidas de seguridad a la atenuante de grave adicción resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del artículo 60 del Código Penal que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabitación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto.

Esta aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción, requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la

culpabilidad no se presenta con la intensidad de la aplicación de la exigente incompleta del artículo 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 del Código Penal. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades, y garantías, de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento.

(Sentencia de 11 abril 2000)

ARTÍCULO 21.4

Requisitos de la atenuante de confesar la infracción a las autoridades

Primero. El primer motivo del recurso interpuesto, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción por falta de aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 21.4.º del Código Penal de 1995.

El artículo 21.4.º del Código Penal 1995 considera como circunstancia atenuante «haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar a las autoridades la infracción». En el caso actual el recurrente estima que debe valorarse como confesión su manifestación espontánea, efectuada ante los agentes policiales que registraban el domicilio de su cuñado y dirigida a éste, «diles que todo lo que tienes en la casa es mío», con lo cual asumió ante las autoridades la autoría del delito de tenencia ilícita de armas por el que ha sido condenado en razón del hallazgo de tres escopetas sin licencia (una de ellas con los cañones recortados) en el citado domicilio.

La Sala sentenciadora no acoge la referida atenuante por estimar que el acusado actuó únicamente para instruir a su cuñado sobre cómo debía obrar ante la presencia de la policía, lo que no constituye una confesión a las autoridades de la infracción cometida, añadiendo «que no tenía intención alguna de facilitar a la policía la persecución del delito lo demuestra que después no quiso prestar declaración en las dependencias policiales». En definitiva estima la Sala sentenciadora que no concurre el elemento subjetivo, derivado del fundamento político-criminal de la atenuación, de actuar con la voluntad de colaborar con la administración de Justicia.

Segundo. El motivo debe ser estimado. En efecto concurren en el caso actual los dos requisitos objetivos exigidos por el tipo: 1) el cronológico, pues el recurrente actuó cuando el procedimiento no se dirigía contra él sino contra un tercero, cuyo domicilio se estaba registrando por mandato judicial; 2) la confesión de la autoría de la infracción a las autoridades, pues si bien es cierto que sus manifestaciones se dirigieron a su cuñado, también lo es que se efectuaron consciente y voluntariamente en presencia de los agentes policiales, asumiendo la titularidad de las armas ocupadas en el domicilio que se estaba registrando, cuando no existía indicio alguno dirigido contra el recurrente. Aun cuando la acción realizada no constituya de modo directo una confesión a las autoridades, sí constituye una confesión

ante las autoridades, que resulta equiparable en cuanto a sus efectos e integra suficientemente los elementos objetivos de la atenuante.

Es cierto que cabe apreciar en la citada atenuación legal la necesaria concurrencia de un ánimo genérico de auxilio o colaboración con la Justicia, al constituir el fundamento político-criminal de la atenuante precisamente la conveniencia de fomentar dicha colaboración. Pero este ánimo no debe ser confundido con el móvil del autor cuando afecta al reconocimiento de su culpabilidad.

El responsable puede confesar su autoría para evitar que se inculpe a un allegado inocente, por ejemplo, pero en cualquier caso está proporcionando a las autoridades un dato cierto sobre la autoría de la infracción, al reconocer su culpabilidad, por lo que está auxiliando de modo voluntario a la investigación del hecho, y en consecuencia no puede excluirse la apreciación de la atenuante.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

ARTÍCULO 21.6

Esquizofrenia paranoide, sin que conste que el hecho se realizase en momento de brote de la enfermedad: apreciada como atenuante analógica

Séptimo. El quinto motivo, y último que examinamos, se formaliza al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación de la circunstancia eximente 1.ª del artículo 20 del Código Penal, y subsidiariamente de la eximente incompleta del artículo 21.1.º en relación con el 20.1.º del Código Penal.

El recurrente impugna así el criterio de la Sala que rechazó la aplicación de una y otra, entendiendo que no concurrían los requisitos necesarios para su apreciación, pero aplicó la atenuante analógica del artículo 21.6 en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del Código Penal, al considerar que los actos realizados por el acusado «están en una relación causal psíquica con la afectación psiquiátrica que presenta, lo que supone una disminución leve de su imputabilidad».

Frente a esa consideración el recurrente entra en valoraciones del resultado probatorio del informe médico-forense, que a su vez relaciona con el alegato del motivo 1.º, y sostiene que al no constar si el acusado estaba o no en fase aguda o crítica de su enfermedad mental cuando cometió los hechos, debió apreciarse la exención de la responsabilidad.

El motivo debió desestimarse.

1. En efecto, la STS de 8 de octubre de 1998, después de estudiar las distintas clases de esquizofrenia, recuerda que según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 22 de enero de 1988; 8 de junio y 28 de noviembre de 1990; 6 de mayo de 1991; 16 de junio y 15 de diciembre de 1992; y 30 de octubre de 1996; 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 estos casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

A) Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la eximente completa del artículo 20.1.º del Código Penal.

B) 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, como ocurrió en el caso examinado por esta Sala (Sentencia de 19 de abril de 1997), habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21.

C) Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6.º del mismo artículo 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece (Sentencia de 8 de febrero de 1990).

2. La realidad fáctica que en este caso se ha de considerar no es la aducida por el recurrente a partir de su personal valoración de la prueba, sino la declarada probada por la Sentencia de instancia en su relato histórico cuyos estrictos términos, en este cauce casacional del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirigido a combatir el acierto de las calificaciones jurídicas de los hechos probados, el recurrente ha de respetar escrupulosamente sin añadir, modificar o suprimir nada, so pena de incurrir en causa de inadmisión (art. 884.3.º LECrim), que en esta fase lo es ya de desestimación (SSTS de 10 de marzo y 19 de mayo de 2000).

Lo declarado probado en la Sentencia es que este acusado «padece una esquizofrenia paranoide que se manifiesta en forma de brotes y que precisa tratamiento continuo, habiéndose mantenido estable desde el último ingreso hospitalario que tuvo lugar en 16 de agosto de 1995, sin que se le aprecie ningún defecto residual significativo, y, asimismo, padece una parafilia. Ambas patologías son independientes y únicamente en las fases agudas o descompensaciones de la enfermedad psicótica, la parafilia se ve facilitada por una reducción de la capacidad de juicio y/o control de impulsos».

Partiendo de esa declaración, la aplicación de la doctrina ya referenciada conduce a la desestimación del motivo: no aparece que cometiera sus acciones delictivas sobre menores durante la afectación de un brote esquizofrénico, ni tampoco se aprecian en los hechos actuaciones que indiquen un comportamiento anómalo más allá de su propia naturaleza desviada, que permita apreciar un brote esquizofrénico o un estado de perturbación tan profundo que dé lugar a la eximente incompleta.

Los presupuestos fácticos de cualquier circunstancia de exención o atenuación han de constar en la resultancia fáctica, sin que pueda presumirse anticipadamente su concurrencia salvo prueba en contrario de la acusación; y en este caso el hecho probado recoge una concreta patología del recurrente que por sí misma no permite la estimación de la eximente postulada de acuerdo con la doctrina ya expuesta, siendo correcta la aplicación de la atenuante analógica que la Sala aprecia en el acusado.

(Sentencia de 20 noviembre 2000)

ARTÍCULO 22.1

Compatibilidad de la alevosía con la atenuante de embriaguez

Único. (...) La compatibilidad de la alevosía, que califica el asesinato, y la embriaguez ha sido reiteradamente declarada por esta Sala (SSTS de 8-3-1994; 22-2-1995; 30-4-1997; 10-6-1999). La compatibilidad de la alevosía con cualquier estado de perturbación anímica ha sido afirmada cuando el agente mantenga el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio empleado, la forma de agresión o el aprovechamiento de esos medios y formas de los que hace uso, pues la perturbación psíquica, que afecta a la capacidad de acción y a la motivación, no impide la elección de medios, modos o formas en la ejecución si el sujeto mantiene su voluntad e inteligencia en la acción que realiza.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

Fundamento de la compatibilidad de la agravante de alevosía con la existente de anomalía o alteración psíquica

Primero. (...) Respecto de la alevosía existe una abundantísima doctrina que perfila adecuadamente su naturaleza y sus requisitos (SSTS de 3 febrero 1995, 20 abril y 12 marzo 1992, etc.). En esta línea (ver SSTS de 12 marzo 1992, 2 abril 1993, 7 noviembre 1994, etc.) la alevosía puede manifestarse con tres modalidades diferentes: *a*) la proditoria como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, posiblemente en la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa; *b*) la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución; y *c*) la actuación que se aprovecha en situaciones especiales de desvalimiento. En el caso sometido a nuestra consideración, existe la agresión súbita, sorpresiva –SSTS de 22 febrero, 14 junio y 18 octubre 1991, 20 abril 1992, de 8 y 9 marzo de 1993, de 15 octubre de 1996 y de 26 marzo 1997– y el ataque por la espalda –SSTS de 28 mayo 1992, de 7 mayo 1993 y de 3 octubre 1994–. Mas lo que aquí se cuestiona no es la concurrencia de los requisitos inherentes a la alevosía sino la compatibilidad o incompatibilidad con la exigente completa indicada.

La jurisprudencia de esta Sala, ha declarado la compatibilidad de la agravante con la perturbación anímica –Sentencia de 24 noviembre 1995–, con la exigente incompleta de enajenación mental –Sentencias de 11 junio 1991, de 1 julio 1994 y de 17 diciembre 1996– y con la semieximente de trastorno mental transitorio –Sentencias de 24 enero 1992 y de 3 octubre 1994–. También con el arrebató –Sentencias de 20 febrero 1993 y de 11 marzo 1996–, con la violenta emoción –Sentencia de 15 abril 1991– y, en general, con los estados pasionales –Sentencia de 23 mayo 1995– e incluso con la propia drogadicción –Sentencia de 22 marzo 1995.

La cuestión que ahora se resuelve fue objeto de deliberación en el Pleno no Jurisdiccional que esta Sala celebró el pasado día 26 de mayo. En dicho Pleno se acordó que «en los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el artículo 101-1.º del Código Penal, el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato».

Efectivamente, esta Sala considera que cuando el sujeto acusado de la comisión de un delito está exento de responsabilidad criminal por enajenación mental, o con palabras del nuevo Código penal, por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica de la que se derive la incomprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1.º), el elemento subjetivo del tipo penal pierde su significación como graduador de la mayor o menor capacidad de culpabilidad del agente, para convertirse en un dato que hubiese permitido la correcta calificación penal del hecho, si el sujeto hubiera sido declarado responsable penalmente. Esta idea afloraba ya en el Código Penal de 1973, cuando, al describir las circunstancias eximentes en el artículo 8.º del mismo, y en punto a posibilitar su internamiento como medida de seguridad postdelictual, el texto legal expresaba «cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito...», lo que significaba que, para la ley penal, el enajenado no había cometido un delito, sino un hecho, que la ley sanciona como delito. Se trata, pues, de una especie de ficción legal, que permite al Tribunal sentenciador la aplicación de una medida de seguridad, al faltar el elemento subjetivo del tipo. Ciertamente es que como quiera que el Código Penal de 1973 no precisaba margen temporal alguno de duración de expresada medida, que sería alzada por el Tribunal en vista de la evolución del tratamiento del enfermo mental en un establecimiento adecuado («del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal»), la calificación jurídica del hecho cometido por el sujeto absuelto por la concurrencia de tal eximente completa, no ofrecía mayores problemas en la práctica. No ocurre ahora lo propio, ya que el artículo 101.1 del CP 1995, al permitir igualmente al Tribunal sentenciador en los casos de exención de responsabilidad criminal, conforme al núm. 1.º del artículo 20, la aplicación, si fuese necesaria, de la medida de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, dispone que dicho «internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo». De este inciso del precepto, pueden deducirse dos ideas con relación al tema que analizamos: primero, que en el Código en vigor late propiamente la exclusión culpabilística del elemento subjetivo del tipo penal, cuando tal hecho es cometido por un inimputable, como ocurría en la regulación anterior, en el artículo octavo del mismo; y segundo, que para la determinación de la duración temporal de la medida de seguridad, ha de procederse como «si hubiera sido declarado responsable el sujeto». De modo que el juzgador debe realizar una operación jurídica que califique el hecho como delito, absolviéndose, sin embargo, al acusado, por concurrir esa circunstancia eximente que le conviene en inimputable a efectos penales. Y para esa calificación jurídica no puede prescindirse de meritada agravante, si objetivamente concurre, porque existiría también si el sujeto hubiere sido declarado responsable. De manera que tal concurrencia determina *per se* la cualificación jurídica del encuadre tipológico del hecho como delito de ase-

sinato, y en consecuencia, sirve también para marcar el límite máximo temporal que ha de durar la medida de seguridad, como hizo correctamente la Sala de instancia.

(Sentencia de 29 junio 2000)

Fundamento de la alevosía proditoria: el aprovechamiento de la confianza

Sexto. (...) 1. La alevosía, hemos afirmado reiteradamente, tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales.

En la proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así en la STS de 11 de marzo de 1996, se recuerda que «la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor». En el mismo sentido la STS de 7 de marzo 2000, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria «requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor». Por ello, hemos dicho, STS de 20 de marzo 1997, que la agresión realizada quebrantando una situación de confianza en la que la víctima además de una indefensión física sufre un estado de indefensión anímico, no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos «pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podíamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable en lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección».

4. Desde la perspectiva expuesta el hecho probado de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y con más precisión la del Tribunal del Jurado describen los elementos fácticos que conforman la alevosía, pues el acusado aprovechando una situación de indefensión objetiva de la víctima que no podía esperar un ataque a su bien jurídico por parte de su novio quien guardaba en el vehículo un instrumento vulnerante y hábil para la producción del resultado y capaz de asegurar el resultado e impedir la posibilidad de defensa de la víctima que no pudo prever una agresión de una persona de su máxima confianza.

Ese quebranto de la confianza existente y la utilización de un medio vulnerante, con la fuerza que se declara probado, pues llegó a romper la hoja del cuchillo, hace que el motivo debe ser estimado y declarar concurrente en el hecho la circunstancia de alevosía que califica el homicidio, sin apartarnos del relato fáctico de la Sentencia impugnada al concurrir en su redacción los presupuestos de la alevosía.

No es óbice a lo anterior que en el relato fáctico del Tribunal Superior de Justicia se afirme que con carácter previo a las puñaladas hubo una discusión «que

poco a poco fue subiendo de tono degenerando en riña en el curso de la cual el acusado, tras causarle diversos hematomas, cogió un cuchillo...», pues en las reducidas dimensiones de la cabina del coche y la relación de confianza existente no modifica la situación de indefensión requerida por el tipo de la alevosía.

(Sentencia de 20 septiembre 2000)

Incompatibilidad de la alevosía con la existencia de una situación de riña o disputa previa

Segundo. En el motivo 1.º, por el cauce del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por haberse aplicado el artículo 138 que sanciona el delito de homicidio y no haberse aplicado el 139.1.º, pues estima que debió apreciarse la concurrencia de alevosía y, por tanto, castigarse el hecho como asesinato.

Sabido es cómo esta Sala viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que, por el modo de practicarse la agresión, queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1.ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1.ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada.

Tal inexistencia de posibilidades de defensa puede provenir de las múltiples circunstancias en que se desarrollaron los hechos concretos, de las cuales esta Sala viene reiteradamente deduciendo tres formas diferentes de agresiones alevosas: la más característica, que enlaza con los orígenes históricos de esta figura penal en el espíritu caballeresco de la Edad Media, la proditoria o aleve, cuando se actúa en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante; la que se produce de forma súbita o por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento de su agresor, y la que existe cuando la víctima es una persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, anonadada, etc.).

En estos casos hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

Hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito; pero tal doctrina tiene una doble matización:

1.ª Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca una navaja de forma inesperada para matar o lesionar.

2.^a Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante.

En el caso presente no nos encontramos ante ninguno de esos tres supuestos antes referidos. Por el contrario, hubo una riña o discusión previa meramente verbal en relación con las visitas del marido a la hija del matrimonio, hasta que en un momento determinado, el procesado sacó una pistola y dijo a la esposa «mira lo que tengo aquí» a lo que ella contestó «qué quieres decir, que quieres matarme, pues mátame de una vez, así acabamos con este infierno», volviéndose seguidamente, momento en que Manuel efectuó un disparo alcanzándola en la parte derecha y trasera del cuello. Se volvió M.^a Teresa y recibió entonces otros tres disparos sobre su cara y su mano izquierda.

Así lo narra en síntesis el relato de hechos probados que hemos de respetar, respeto con el que no cumple la recurrente que pretende que apreciemos la concurrencia de la alevosía en base a unos datos de hecho que añade a lo que la Audiencia Provincial dio como probado. Por ello este motivo podría haber sido inadmitido (art. 884.3.º LECrim).

Y partiendo de tales hechos probados, es claro que hubo un cambio cualitativo en el desarrollo de los hechos cuando en el seno de una mera riña verbal, Manuel sacó una pistola y con ella disparó, pero no en forma alevosa o traicionera, pues enseñó el arma a M.^a Teresa que cuando recibió el primer disparo ya estaba apercebida de que el marido estaba con tal arma en la mano.

En el caso presente, es irrelevante, para la concurrencia de esta circunstancia cualificadora del asesinato, el que ese primer disparo se hiciera cuando la víctima se encontraba de espaldas, pues tal aconteció porque ella se colocó en esta postura tras haber visto de frente a Manuel armado de esa manera.

Por supuesto, los tres disparos últimos de nada pueden servir a los efectos aquí examinados.

Así pues, no hubo alevosía, aunque sí agravante de abuso de superioridad, la llamada alevosía menor, de especial significación en este caso, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena a aplicar.

(Sentencia de 2 octubre 2000)

ARTÍCULO 22.2

Agravante de disfraz: es inapreciable si el acusado se quitó el pasamontañas y la víctima le vio la cara

Quinto. Finalmente, como cuarto motivo y por el cauce del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación de la agravante de disfraz –art. 22.2.º.

El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal y debe prosperar en la misma medida que se reconoce en el *factum* que el recurrente «tapaba su cabeza con un pasamontañas del que en algún momento se desprendió», dato que debe completarse con la afirmación fáctica contenida en el fundamento jurídico segundo según

la cual «... llegó a quitarse la máscara para beber Baileys, con lo que (la víctima) pudo verlo perfectamente...».

La razón de la agravante es la mayor impunidad que se desprende de este medio empleado para la comisión del delito ya que tiende a dificultar la identidad de su autor, en la medida que el interesado se desprende en el escenario del delito del medio que oculta su rostro, desaparece la razón de la agravante.

El motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 8 febrero 2000)

Requisitos de la agravante de disfraz: es apreciable en el caso de quien usa media y pasamontañas y, pese a ello, le identifican

Tercero. En el tercer 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 que no debió apreciarse la agravante de disfraz ya que la media que portaba el acusado en su cara no resultó eficaz en cuanto no impidió su reconocimiento por los testigos.

El Tribunal de instancia, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, razona sobre la concurrencia de la agravante de disfraz ya que el acusado cubría su rostro con una media en los dos primeros establecimientos y con un pasamontañas en el tercero.

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias de 6 de abril de 2000, 5 de junio de 1997 y 10 de enero de 1996, entre otras muchas, que para apreciar la existencia de esta agravante se exigen tres requisitos:

- 1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona;
- 2) subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades;
- 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.

Y en esa doctrina jurisprudencial se pone de relieve que la mencionada aptitud para desfigurar la apariencia exterior del sujeto 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 (SSTS de 2-10-1989 y 10-10-1996). De ahí que puede apreciarse tal circunstancia agravante aun en aquellos casos en los que los testigos han podido observar determinadas facciones o características del sujeto, a pesar de la seria dificultad que representaba el disfraz utilizado.

En esa misma línea la Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 1999 declara que la eficacia del dispositivo utilizado es, también, requisito de la aplicación de la agravante, de ahí su naturaleza objetiva, y se alcanza cuando en abstracto el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el

presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer al autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta para integrar la agravación que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés.

En este caso, conforme a la doctrina que se deja expresada y acorde con el relato fáctico de la Sentencia de instancia, son correctos los razonamientos expresados por la Sentencia de instancia para apreciar la agravante de disfraz al haberse utilizado medios hábiles para dificultar la identificación aunque en este caso concreto no se hubiera podido evitar que determinadas características faciales hubieran podido ser observadas por los testigos presenciales.

(Sentencia de 10 noviembre 2000)

Agravante de disfraz: supuestos de comunicabilidad o no a otros partícipes

Undécimo. El primero de los motivos del recurrente impugna la aplicación de la agravante de disfraz, dado que, si bien admite la participación en el hecho, entiende que el Tribunal *a quo* no estableció en los hechos probados que él mismo haya actuado con máscara. Por lo tanto, la Defensa sostiene que se ha vulnerado el artículo 65.2 CP y que se aplicó indebidamente al recurrente la agravante de disfraz.

El motivo debe ser estimado.

Desde la STS de 3-3-1936 la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que la agravante de disfraz tiene carácter «instrumental o modal» y que, por lo tanto, es siempre comunicable o accesoria respecto de todos los partícipes que hayan tenido conocimiento de que el autor u otros partícipes ejecutaban el hecho encubriendo su identidad. En esta misma línea se ha manifestado la jurisprudencia más moderna (cfr. SSTS de 12-12-1991; 16-3-1992; de 24-11-1993; de 11-10-1997, entre muchas otras).

Sin embargo, existen en la jurisprudencia de esta Sala una serie de precedentes que han flexibilizado la estricta accesoria o comunicabilidad del uso del disfraz. Las excepciones establecidas por esta jurisprudencia permiten afirmar que la aplicación del primero o del segundo párrafo del artículo 65 CP dependerá de las circunstancias concretas del delito. Si el disfraz es un elemento necesario, por ejemplo, para un engaño requerido por la comisión del delito (casos de estafa, de allanamiento de morada, descubrimientos de secretos, etc.), se referirá a la «ejecución material del hecho o a los medios empleados» para dicha ejecución y, por lo tanto, será comunicable a todos los partícipes que tuvieren conocimiento del disfraz. Por el contrario, cuando el enmascaramiento tenga una función de aprovechamiento individual, como ocurre, por regla general, en los casos de ocultamiento de la identidad en delitos violentos, especialmente en el robo, la agravación estará regida por el párrafo 1.º del artículo 65 CP, pues se tratará de una «causa personal» de agravación. Dicho de otra manera: el disfraz agravará el hecho para

todos los partícipes que lo hayan conocido cuando es un medio para la ejecución del delito planeado; por el contrario tendrá efectos sólo individuales cuando sirva a fines personales de algún partícipe y no constituya una aportación para la ejecución del delito.

En el presente caso, la finalidad de ocultar la identidad sólo podía favorecer a aquellos que intervenían en la ejecución inmediata de la sustracción violenta. Por lo tanto, su efecto no era comunicable o accesorio para el recurrente.

Estimado el presente motivo, el segundo, subsidiario de éste, pierde toda practicidad.

Duodécimo. El único motivo del recurso se centra en la denuncia del derecho a la presunción de inocencia. El recurrente entiende que al haber aplicado el Tribunal de instancia la agravante de disfraz, basándose para ello en una concepción de la misma que desconoce que ésta sólo es de apreciar cuando el enmascaramiento es medio para la comisión del delito, ha sido privado del derecho «de defensa en general y (del) derecho a no aportar pruebas en su contra, en particular». Aclara la Defensa que, aplicar la agravante de esta manera, «supone, *de facto*, una forma de compulsión hacia la persona que está cometiendo el ilícito penal para que contribuya a aportar pruebas de contenido autoincriminatorio». La argumentación culmina afirmando que el uso de disfraz constituye una conducta de «autoencubrimiento». El motivo debe ser desestimado.

La Defensa no ha logrado explicar qué pruebas autoincriminantes hubiera debido aportar para contrarrestar la interpretación del artículo 22.2.º CP que ha respaldado la aplicación al caso del mismo. Ello se explica, básicamente, porque sólo se trata de una cuestión de subsunción. La interpretación realizada por la Audiencia –con apoyo en antigua jurisprudencia de esta Sala– no generó ninguna exigencia probatoria especial para el recurrente. Nada le impidió negar e intentar demostrar que no actuó enmascarado, o que el encubrimiento de su identidad no sirvió como medio para la comisión del delito de robo. Para hacerlo tampoco estaba lógicamente obligado a confesar su autoría. Dicho de otra manera: el recurrente –que conoció la pretensión del Fiscal respecto de la agravante de disfraz– pudo ofrecer todas las pruebas que estimara pertinentes tanto para negar su participación en el hecho, como para negar que la agravante fuera aplicable y pudo hacer ambas cosas sin necesidad de reconocer ningún hecho que lo pudiera perjudicar en el proceso.

Una cuestión diferente es la que se refiere a si el enmascaramiento para la comisión del robo constituye una conducta de autoencubrimiento, que, por ello, no debe ser utilizada como agravante del delito. Esta cuestión, en realidad, viene a poner en duda de una manera radical el carácter agravante de la utilización del disfraz. Se trata, en realidad, de si la no punibilidad del autoencubrimiento del autor del delito debe ser preferente ante la protección del bien jurídico lesionado. La respuesta debe partir de una premisa que es clara: la no punibilidad de los actos de autoencubrimiento no es consecuencia del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. El derecho a no declararse culpable no se ve limitado en lo más mínimo por la punibilidad de los actos de autoencubrimiento. La razón de la no punibilidad de estos actos es otra: no son punibles porque se trata de hechos posteriores copenados (por lo general son actos de agotamiento del delito), es decir porque respecto de ellos rige el criterio del artículo 8.3.º CP (consunción). Por lo tanto, aclarado lo anterior, es fácil comprender que el legislador pudo dar preferencia a la protección del bien jurídico protegido frente a la no punibilidad de los actos de autoencubri-

miento. En todo caso, su decisión no afecta al núcleo esencial del derecho a no declararse culpable, garantizado por el artículo 24.2 CE.

(Sentencia de 31 marzo 2000)

Abuso de superioridad: requisitos. Que el abuso no sea elemento típico del delito

Noveno. Examinamos aquí los dos motivos en que, por esta vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2.ª CP, que fue aplicada en los delitos de lesiones y detención ilegal. Son los motivos 5.º de Óscar y 7.º de Martín que hemos de estimar parcialmente conforme al siguiente razonamiento:

A) Esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SSTS de 5-6-1995, 27-4-1996 y 7-2-1997, entre otras muchas):

1.º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2.º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3.º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4.º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

B) Tales requisitos concurren en el caso con relación al delito de lesiones, por la superioridad numérica de los agresores (cuatro) frente a un solo agredido, aunque éste fuera conocedor de las artes marciales y profesor de gimnasia, cuando, además, uno de los agresores (Pablo) era, como ya se ha dicho, un joven de 25 años y de muy elevada estatura (1,90) y éste se sirvió de un bate de béisbol para iniciar la agresión de modo tan eficaz que le hizo caer a Antonio al suelo, donde recibió la fuerte patada que en la cara le dio Vicente, interviniendo luego los cuatro en la agresión. Descartada la alevosía, tal y como expone la Sentencia recurrida (fundamento de derecho 5.º), no cabe duda de que fue correctamente aplicada al caso esta circunstancia agravante respecto del delito de lesiones.

C) Sin embargo, entendemos que no procede su apreciación con relación al delito de detención ilegal, por no concurrir el cuarto de los requisitos antes mencionados.

Cierto es que el delito de detención ilegal puede cometerse sin el uso de la fuerza contra la persona agredida (por ejemplo, mediante engaño), pero esto es tan excepcional que no debe tenerse en cuenta para la cuestión que estamos examinando. En un porcentaje elevadísimo de casos este delito se comete mediante el uso de la fuerza y para ello se busca deliberadamente una desproporción entre la situación del sujeto pasivo y la del agresor o agresores, desproporción que puede originarse por el uso de algún arma o instrumento semejante o por el número de las personas que intervienen como sujetos activos en el hecho. En esto consiste precisamente el abuso de superioridad. Por ello no cabe aplicar en el caso presente esta agravante a este delito: es inherente al mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 67 CP, no porque la Ley lo haya tenido en cuenta al describir la correspondiente figura delictiva, sino porque, salvo supuestos muy excepcionales que para el caso son irrelevantes, sin tal abuso de superioridad el delito no puede cometerse.

Así pues, han de estimarse parcialmente estos dos motivos de casación, el 5.º del recurso de Óscar y el 7.º de Martín, con la consiguiente eliminación de esta agravante respecto del delito de detención ilegal, lo que ha de beneficiar a los otros dos condenados, Vicente y Pablo, por lo dispuesto en el artículo 903 LECrim.

(Sentencia de 21 marzo 2000)

Basta con el aprovechamiento de las condiciones ambientales para integrar el factor subjetivo necesario para apreciar la agravante de aprovechamiento del lugar

Primero. (...) Es evidente que las circunstancias ambientales concurrentes en el momento de la comisión de los hechos suponían un aislamiento de la víctima a la que se sorprende en condiciones tales que dificultaban o impedían cualquier reacción en demanda de auxilio, por lo que su indefensión era un hecho real y efectivo. Construido el componente objetivo de la agravante de despoblado, nos queda por examinar si concurre también el elemento subjetivo de la búsqueda o aprovechamiento de las facilidades que proporcionaba el entorno, en donde se desarrolla la conducta delictiva.

Ante la dificultad, siempre presente, de hacer aflorar el propósito o ánimo delictivo que impulsa al autor de un hecho punible, debemos construirlo sobre la realidad material que rodea el hecho y sus circunstancias. Para patentizar la concurrencia del elemento subjetivo no es necesario llegar a la conclusión de que el autor del hecho punible diseñó y estudió minuciosamente todos los pasos necesarios para consumar su propósito, escogiendo el lugar y el tiempo en el que iba a desarrollar su acción. La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando, y esta doctrina es válida también para la actual redacción de las circunstancias agravante, que basta con el aprovechamiento de las condiciones ambientales para integrar el factor subjetivo necesario para concretar los efectos agravatorios. Lo que verdaderamente caracteriza a todos los medios y circunstancias concurrentes en el ar-

título 22.2 del CP es la consecución de un fin común a todos ellos, que no es otro que el debilitamiento de la defensa del ofendido y la facilitación de la impunidad del delincuente. No se puede discutir, en el caso presente, que las circunstancias topográficas del lugar contribuían funcionalmente a la indefensión de la víctima, a la vez que facilitaban la comisión del hecho, por lo que basta el aprovechamiento de ellas para concluir que ha estado correctamente aplicada la agravante de lugar apreciada por la Sentencia recurrida.

(Sentencia de 25 de julio de 2000)

ARTÍCULO 22.5

Ensañamiento: no lo hay en el caso de dar doce puñaladas que producen la muerte y posteriormente dar patadas y pisotones en la cabeza y cara (ausencia de aumento del dolor innecesario)

Quinto. Distinta ha de ser nuestra respuesta al quinto motivo del recurso, en el que, también al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.3.º CP o, lo que es igual, de la circunstancia agravante de ensañamiento que, al concurrir con la de alevosía –cuya apreciación ya hemos declarado correcta en el fundamento jurídico anterior– ha dado lugar a la subsunción de los hechos probados en el nuevo tipo agravado de asesinato previsto en el artículo 140 CP. Distinta ha de ser nuestra respuesta –decimos– porque no consideramos que en el relato fáctico de la Sentencia recurrida aparezcan todos los elementos necesarios para la apreciación del ensañamiento. Como se recuerda en la Sentencia de 24 de mayo 1999, dichos requisitos son los siguientes: *a)* que en la acción delictiva se hayan causado a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, lo que lógicamente comportará una extensión objetiva de los males inherentes a la ejecución; *b)* que este exceso de males padecidos por la víctima intensifique su sufrimiento, es decir, su dolor físico o su pena y aflicción psíquica; y *c)* que el aumento del sufrimiento haya sido buscado por el autor del hecho deliberada e inhumanamente o, lo que es igual, de forma intencionada y con esa actitud de singular desprecio a los sentimientos ajenos característica de la crueldad. No basta, pues, un exceso de males, por innecesarios que sean para la ejecución del hecho, si no han sido ocasionados con el deliberado e inhumano propósito de hacer sufrir, ni es suficiente que el autor se haya comportado de un modo bárbaro y cruel si, pese a todo, no ha aumentado el sufrimiento de la víctima. En el caso que ha sido objeto de enjuiciamiento en la primera y en la segunda instancia, la agresión del procesado contra su víctima se descompone fácilmente en dos fases, ambas de escasa duración. En la primera, aquél descargó múltiples golpes contra la víctima y terminó asestándole doce puñaladas. Pero sólo del número de golpes y de puñaladas no se puede deducir la circunstancia de ensañamiento si no consta el ánimo de aumentar el dolor del ofendido y este propósito parece estar ausente en la violenta reacción que desencadenó en el procesado la provocación de su novia que, acusando imprudentemente a la víctima de haberle hecho daño e incluso incitando a su novio a darle muerte, consiguió enfu-

recerle y desatar en él los instintos más agresivos e irracionales, siendo este estado de ánimo, no por menos reprochable ciertamente, incompatible con la deliberación que el núm. 3.º del artículo 139 CP –así como el número 5.º del artículo 22– incorpora a la definición de la circunstancia agravante de ensañamiento. En la segunda fase del hecho, cuando el acusado, como se dice en el cuarto apartado del veredicto, logró desasirse de quienes le habían separado del agredido y, acercándose de nuevo a él, que estaba tendido en el suelo, «le propinó más patadas y pisotones en la cabeza y en la cara, de forma brutal y despiadada, con el propósito de aumentar su dolor innecesariamente», cabe detectar en la conducta enjuiciada inequívocos rasgos de la agravante cuestionada –el exceso de males y el propósito de aumentarlos– pero no la circunstancia objetiva de que, efectivamente, la víctima estuviese en condiciones de sufrir todavía más, toda vez que ni se declara probado en el veredicto que la misma viviese aún al recibir los nuevos golpes, ni es probable que viviese tras la rotura cardíaca que le había ocasionado una de las cuchilladas inferidas por el procesado. Aunque éste se comportase de una «forma brutal y despiadada» –lo que habrá de ser tenido en cuenta en el momento de la individualización de la pena– y aunque las «patadas y pisotones» descargados sobre el cuerpo exánime de la víctima fuesen evidentemente innecesarios para quitarle la vida, el hecho probable –no descartado en el veredicto, lo que impide tener el contrario por probado– de que el fallecimiento ya se hubiese producido y de que, consiguientemente, la misma fuese ya, por desgracia, incapaz de experimentar sentimiento alguno, impide apreciar el ensañamiento a causa de la ausencia, en los hechos probados, del dato objetivo del mayor dolor sufrido por la víctima a consecuencia de los reiterados golpes que recibió estando ya en el suelo con la víscera cardíaca rota por una puñalada. Estas consideraciones nos llevan a estimar el quinto y último motivo del recurso, declarando indebidamente aplicado el núm. 3.º del artículo 139 CP, lo que determina que el delito de asesinato perpetrado queda cualificado sólo por la alevosía e incardinado en el artículo 139.1.º CP, sin que deba ser subsumido en el artículo 140 del mismo Cuerpo Legal.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

Elementos objetivo y subjetivo de la agravante de ensañamiento

Séptimo. (...) 2. En la agravante de ensañamiento hemos de distinguir el elemento objetivo, caracterizado por efectiva causación de unos males innecesarios, esto es, aquellos resultados de la acción que no sean necesarios a la finalidad perseguida por el autor. Y otro subjetivo, por el que el autor del hecho asume la innecesariedad de su acción, el carácter deliberado del exceso. El autor, deliberadamente, asume que la acción que desarrolla ya no persigue la realización del delito sino persigue un aumento del dolor causado con actos innecesarios a la ejecución del delito.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de estos dos requisitos. Así la STS de 24-9-1997 afirma la doble concurrencia de un elemento objetivo –la totalidad de la agresión objetivada por la contundencia o efectos de los golpes–, y el subjetivo –complacencia en el sufrimiento ocasionado a la víctima–, esto

es, un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo de la acción homicida (en parecido sentido, STS de 25-6-1998).

3. La Sentencia impugnada niega la existencia del ensañamiento por estimar que no existió prueba del elemento subjetivo de la agresión con olvido de que su acreditación de falta de un acreditamiento externo, y como es normal debe resultar de una deducción lógica de los hechos externos realizados. El elemento subjetivo que caracteriza el ensañamiento ha de ser deducido de los hechos objetivos acreditados.

Como dijimos en la STS de 6 de octubre 1999, que el recurrente recuerda y ahora reproducimos, descartada la presencia de factores endógenos o exógenos que guiaran su conducta, la deducción sobre la acreditación del elemento subjetivo del ensañamiento, es decir, la finalidad de causar un padecimiento innecesario y aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, es racional. En efecto, el actuar violento del autor, descartada la existencia de una situación que limitara el control de la acción, se presenta como consciente y, al mismo tiempo, voluntaria, pues la lógica y la experiencia nos indican que quien reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento. La deducción del Tribunal de Jurado no fue ilógica y procede la estimación del recurso desde la asunción del hecho probado elaborado por el Tribunal Superior de Justicia.

(Sentencia de 20 de septiembre de 2000)

ARTÍCULO 22.8

Agravante de reincidencia: ante ausencia del dato de fecha de cumplimiento de la pena, y constando tan sólo la fecha de la firmeza de la Sentencia, se atenderá a ésta a efectos de entender cancelados los antecedentes

Segundo. En el motivo 1.º, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida al caso del citado artículo 22.8 del Código Penal (agravante de reincidencia).

Conforme al relato de los hechos probados, del que hemos de partir, Juan Carlos T. A. fue condenado por robo en múltiples ocasiones, y de ellas, como fundamento de la apreciación de esta agravante, tal relato hace referencia sólo a tres Sentencias condenatorias, que adquirieron firmeza el 17 de febrero, el 2 de mayo y el 28 de abril, todas de 1994, que impusieron respectivamente las penas de 200.000 pesetas de multa, cinco años de prisión menor y dos meses de arresto mayor con multa de 200.000 pesetas.

No se dice cuándo quedaron extinguidas tales penas, momento a partir del cual habrían de contarse los respectivos plazos que el artículo 118 del Código Pe-

nal de 1973 señala para la posible cancelación de los correspondientes antecedentes penales, razón por la cual hemos de partir, a tales efectos, del único dato que conocemos, el de la firmeza de las mencionadas condenas, haciendo una interpretación a favor del reo, como es obligado cuando queda alguna duda sobre cualquier dato o circunstancia por falta de precisión en el relato de hechos probados, como bien dice el Ministerio Fiscal al informar en favor de la estimación del presente motivo.

Los plazos para la mencionada cancelación (art. 118.3) son, para las penas impuestas en tales Sentencias 1.^a y 3.^a, el de dos años, y el de tres años para la segunda.

Tales plazos ya habían transcurrido cuando se cometió el delito ahora enjuiciado, el 25 de agosto de 1997.

Nos hallamos, por tanto, ante unos antecedentes penales que pudieron haber sido cancelados si tenemos en cuenta los datos que aparecen en los hechos probados, e interpretando en beneficio del reo los que no constan. Por todo ello y por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 22.8 del CP, que para la apreciación de la reincidencia como circunstancia agravante prohíbe computar los antecedentes penales que debieran haberse cancelado, hay que estimar que en el caso no debió apreciarse esta agravante.

Así pues, la Sentencia recurrida infringió un precepto penal de carácter sustantivo al haber aplicado indebidamente el mencionado artículo 22.8.

(Sentencia de 1 febrero 2000)

No es aplicable la agravante de reincidencia a agresión sexual al ser la condena anterior por exhibicionismo, delito que no es de la misma naturaleza pese a encontrarse en el mismo Título del Código Penal

Primero. (...) En relación al cuestionamiento de la circunstancia agravante de reincidencia, va a prosperar la tesis del recurrente de estimar que no concurre.

En efecto, el nuevo Código Penal ha dado en el artículo 22.8 una nueva definición de la reincidencia en la medida que además de tratarse de delitos comprendidos en el mismo título deben ser de la misma naturaleza, es decir, debe existir una total identidad de bien jurídico entre el delito anterior y el que es objeto de enjuiciamiento, ya que la razón de incrementar la pena por el pasado histórico penal lo es por la mayor peligrosidad del individuo exteriorizada en sus persistencia al ataque de idénticos bienes jurídicos, lo que como reflexión colateral lleva también a constatar el fracaso del sistema penitenciario en ese supuesto, en la medida que no ha sido capaz de generar dinámicas que le aparten de ese quehacer delictivo. Prevé el Código Penal en su disposición transitoria séptima, que cuando se trate de la aplicación de la circunstancia de reincidencia por delitos cometidos durante la vigencia del anterior Código Penal, también es exigible la identidad en el ataque a idénticos bienes jurídicos, por lo que bien puede afirmarse que se ha producido una despenalización parcial del concepto de reincidencia aplicable en todo caso al ser Ley posterior más beneficiosa, de conformidad con el artículo 2.2.º del vigen-

te Texto. En tal sentido pueden citarse las SSTS de 18 de mayo 1998, de 18 de enero 1999 y de 21 de febrero 2000.

Una aplicación de la doctrina al caso de autos nos conduce claramente a la estimación de esta parte del motivo. En efecto, el delito por el que es condenado el recurrente –agresión sexual–, atenta directamente contra la libertad sexual de las personas, el delito por el que fue condenado el recurrente –exhibicionismo–, si bien se encuentra en el mismo título exterioriza un ataque contra la indemnidad sexual de las personas descritas en el tipo penal –menores de 16 años o deficientes mentales en la redacción del anterior Código Penal, o menores de edad e incapaces en el vigente Código– que no coincide con el delito de agresión sexual enjuiciado.

En consecuencia procede la admisión de esta parte del motivo y eliminar del delito enjuiciado la concurrencia de la agravante de reincidencia con los efectos penológicos correspondientes, lo que se efectuará en la segunda Sentencia.

(Sentencia de 13 junio 2000)

ARTÍCULO 23

Agravante de parentesco: no es apreciable si autor y víctima estaban separados legalmente, pese a convivir bajo el mismo techo para no perjudicar a su hijo menor

Tercero. El último de los alegados, con la misma sede procesal del anterior, propugna la indebida aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal. Este motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

Partiendo de la narración fáctica contenida en la Sentencia, como es obligado, está claro que agresor y agredida estaban separados legalmente, incluso ya tenían divididos sus bienes, y si convivían bajo el mismo techo no era porque existiese entre ellos ninguna afeción amorosa o de cariño, sino simplemente por un hecho tangencial, a estos efectos, cual era el no perjudicar de modo alguno al hijo común que contaba sólo con cinco años de edad. Ante esa situación es claro que, siguiendo la doctrina reiterada de esta Sala, no es de aplicación la mencionada circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en su vertiente agravatoria.

No obstante ello, y habida cuenta de la pena impuesta en el fallo de la Sentencia (dos años y seis meses), aunque dejemos sin efecto la aplicación de esa agravante, la cuantía de la pena ha de permanecer inamovible al haberse impuesto en el grado mínimo exigible. Ello no quiere decir, sin embargo, como indica el Ministerio Fiscal, que carezca totalmente de practicidad, pues la admisión del motivo, amén de posibles incidencias en el historial del condenado, tiene como consecuencia inmediata la exoneración de las costas causadas en este recurso de casación.

Se admite el motivo.

(Sentencia de 18 febrero 2000)

El fundamento de la circunstancia mixta de parentesco es la afectividad realmente existente

Esta Sala, ya desde el Pleno no jurisdiccional de 18 de febrero de 1994, debatió un supuesto de parricidio, que ahora sería homicidio, en su caso con la agravante de parentesco, cuando los cónyuges se encuentran separados, y que es análogo al aquí debatido, porque sus conclusiones son trasladables en términos generales a la circunstancia mixta de parentesco, prevaleciendo el criterio de que en los supuestos de separación de los cónyuges, había que estar en cada caso concreto para decidir sobre la eximente de la circunstancia de parentesco, lo que se reflejó en posteriores Sentencias de esta Sala, tanto referidas al delito de parricidio existente en el CP de 1973. como con relación a la circunstancia mixta de parentesco que subsiste en el Código vigente.

Una consolidada y reiterada doctrina de esta Sala, pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares, u obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de infidelidad real o presunta (cfr. SSTs de 11 de marzo, 15 de abril, 30 de abril, 6 de mayo, 13 de junio, 3 de julio y 2 de diciembre de 1997).

Posteriormente la Sentencia de 28 de abril de 1998, en un supuesto similar casó la Sentencia de instancia, en virtud del recurso del Ministerio Fiscal, calificando los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CP vigente, sin que se apreciara la circunstancia del artículo 23, como agravante, ni como atenuante. Concretamente, además, la Sentencia de 5 de octubre de 1995, expresa que dicha circunstancia puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, presentándose en su formulación legal como una circunstancia genérica mixta que o bien agrava o bien atenúa la responsabilidad criminal o resulta indiferente. Esta agravación no se aprecia, cuando exista una profunda tirantez de relaciones entre los protagonistas del hecho (Sentencia de 10 de octubre de 1988).

Por último, la Sentencia de 21 de mayo de 1999, consolida la línea jurisprudencial expuesta. Concretamente en los casos de parentesco por matrimonio, es preciso, para su aparición, la convivencia real de afecto entre los parientes, y si la unión conyugal estuviera rota de hecho, y desaparecida la *affectio maritalis*, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. La razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos es que la relación conyugal sólo existe de un modo formal, por encontrarse rota aquélla y desaparecida la afectividad entre el acusado y la víctima.

(Sentencia de 19 de abril de 2000)

Nula incidencia de la relación parental en la comisión del hecho consistente en una agresión sexual

Tercero. 1. En el segundo motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal, la circunstancia de parentesco considerada como agravante.

1. El motivo debe ser estimado. El Tribunal de instancia declara no concurrente al hecho probado el tipo agravado del Código Penal (art. 180.4) que sanciona con una consecuencia más grave si la agresión sexual se comete «prevaleciendo de su relación de parentesco por ascendiente (...) de la víctima» y, sin embargo, declara concurrente la aplicación del artículo 23 del Código Penal, la circunstancia mixta de parentesco considerada como agravante.

En la argumentación de la Sentencia se afirma, erróneamente, que el tipo penal agravatorio del artículo 180.4 será de aplicación cuando la situación parental sea la determinante de un consentimiento, lo que equivale a decir que este tipo agravado se aplicará a los antiguos estupro de prevalimiento de los artículos 434 y 436 del Código Penal Texto Refundido de 1973, con olvido de que la correspondencia a estos artículos la podemos encontrar en los delitos de abuso sexual del artículo 181.3 del Código Penal, en los que se parte de una relación consentida si bien con un consentimiento viciado por una situación de prevalimiento derivado de una relación parental. El tipo agravado no guarda relación con el consentimiento sino una relación especial, de carácter parental entre agresor y víctima de la que se derivan situaciones de mayor antijuridicidad y culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución, lo que puede determinar un menor contenido de la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de la situación de relación parental. Situación que aparece fundamentada en el aprovechamiento de las circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, o en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o, incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo de la agresión sexual, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura.

En todo caso requiere una situación de prevalimiento, no dirigido al consentimiento, sino a la realización de la conducta típica que no aparece descrita en el relato fáctico.

La aplicación del tipo agravado de parentesco presenta una estructura típica semejante con la circunstancia de agravación de parentesco del artículo 23 del Código Penal. El tipo agravado requiere para su aplicación la relación parental descrita en el precepto, el conocimiento de su existencia y que el autor se aproveche de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad derivada de la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental. Estos presupuestos son semejantes a los requeridos para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco respecto a la que hemos declarado que, si bien opera como agravante en los delitos contra las personas, no será de aplicación cuando el hecho cometido sea ajeno a la relación parental, es decir, si la realización del hecho punible fuera ajeno a los lazos familiares u obedeció a razones extrañas al orden parental, lo que también ocurrirá en los supuestos de distanciamiento, de enemistad, o por cualquier razón que haga ajeno al hecho punible la relación parental o cuando el hecho haya sido provocado por la víctima (SSTS de 11-3-1997, 30-4-1997, 15-1-1998 y 19-4-2000).

La circunstancia mixta de parentesco puede agravar o atenuar la responsabilidad criminal según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, lo que permite declarar también su carácter de inane al hecho y, por lo tanto, que no opere ni como agravante o atenuante cuando no guarde relación alguna o mínima con el hecho punible. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala que en el caso concreto de parentesco por matrimonio ha declarado precisa para su apreciación la convivencia real de afecto entre parientes y si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la *affectio maritalis*, aun sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia de agravación, pues la razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal del vínculo conyugal sino en la realidad subyacente de manera que en la misma forma del artículo 23 del Código Penal extiende la agravación a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo.

De la fundamentación de la Sentencia resulta la inexistencia de los presupuestos de la consideración de la agravación. En primer lugar porque el Tribunal de instancia ya señala la nula incidencia de la relación parental en el hecho punible. Por otra parte del hecho y de la fundamentación de la Sentencia resulta la escasa relación entre los dos hermanos por adopción. El acusado está casado y la perjudicada fue a visitarle a su casa, sin una convivencia bajo el mismo techo que favorezca la realización del hecho punible o se quebrantan principios de confianza que fundamentan la aplicación de la agravación.

(Sentencia de 26 junio 2000)

Procede la agravante de parentesco, pese a la ruptura de convivencia conyugal, al ser corto el espacio de tiempo transcurrido desde el abandono del domicilio

Primero. (...) 1. La parte recurrente, con notoria incorrección conceptual, después de formalizar un motivo por error de derecho, se desliza hacia la invocación de la presunción de inocencia en orden a la existencia o inexistencia de la circunstancia mixta de parentesco. Sostiene que dicha circunstancia no se puede aplicar cuando, aun no habiéndose disuelto legalmente el vínculo matrimonial, están efectivamente destruidas las bases de la convivencia matrimonial.

Haciendo un recorrido por el hecho probado, selecciona una serie de puntos fácticos de los que se derivan, a su juicio, la imposibilidad de considerar el parentesco como circunstancia agravante. Expone que las relaciones matrimoniales atravesaban una grave crisis, con episodios de malos tratos de palabra y obra incluso en la propia calle. Existía una separación de hecho y consta la voluntad firme de la víctima de iniciar acciones legales para conseguir la separación conyugal, habiendo solicitado el beneficio de justicia gratuita. Señala que había desaparecido la «afectio maritalis» entre los cónyuges como se demuestra por la existencia de agresiones en plena calle, por el traslado de la víctima a casa de su madre y por los acosos y amenazas, así como la petición de justicia gratuita ya mencionada.

2. El artículo 23 del vigente Código Penal, introduce ligeros retoques en la redacción de la circunstancia mixta de parentesco en relación con el anterior artículo 11 del Código Penal derogado. El citado precepto distingue conceptualmente

y, al mismo tiempo, homologa punitivamente, los supuestos de vínculos legales derivados del matrimonio o de la condición, de ascendientes, descendientes o hermanos con la estable relación afectiva de hecho que se equipara, a los efectos modificativos de la responsabilidad criminal, al matrimonio. La alternatividad entre los efectos agravatorios o atenuatorios, se ha decantado doctrinal y jurisprudencialmente por activar sus consecuencias agravatorias generalmente cuando se trata de delitos contra las personas y concederle resultados atenuatorios e incluso absolutorios, en la mayor parte de los delitos contra el patrimonio.

No obstante los campos de actuación no están perfectamente delimitados por el Texto Legal, con lo que presenta u ofrece especial importancia la interpretación jurisprudencial de los efectos mixtos de la circunstancia de parentesco.

3.—Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que no se puede objetivar su carácter agravatorio, sin profundizar en el examen de la realidad afectiva y de convivencia existente en cada caso. El reproche debido a la mayor antijuridicidad del hecho y a la especial culpabilidad de su autor, se debe basar en la reacción frente a la ruptura de las relaciones de convivencia y sus posibles repercusiones sobre los sentimientos de afectividad que se supone deben existir entre las personas unidas por determinados vínculos conyugales o parentales. Una pionera Sentencia de esta Sala, de 10 de marzo de 1982, había establecido que debe revisarse los efectos de la circunstancia mixta de parentesco, cuando se aprecie, en definitiva, una profunda tirantez de relaciones entre los propios parientes protagonistas de los hechos, de tal manera que se coloquen en una situación semejante a la de los enfrentamientos entre extraños, porque, en tales casos, no puede nunca influir el parentesco en el estado anímico del autor, que es el fundamento subjetivo o base psicológica de esta circunstancia.

4. A partir de esta reflexión, se ha planteado la necesidad de revisar las interpretaciones objetivas y puramente formalistas que anudaban el efecto agravatorio al hecho de la existencia de un vínculo legal, sin contemplar realidades alternativas, como la separación de hecho y sus consecuencias sobre la mayor o menor antijuridicidad del hecho o de la culpabilidad del autor.

La cuestión se llevó, en relación con el anterior delito de parricidio, a una Sala General de fecha 9 de diciembre de 1993 que sentó su parecer, por mayoría, sobre los siguientes criterios. La propia naturaleza del vínculo matrimonial, impide considerar de una manera automática y unitaria, el efecto punitivo sobre los supuestos en que un cónyuge mata a otro. El principio de culpabilidad exige que, en cada caso, se busque la verdadera medida de este componente del delito, que pueda existir en la conducta enjuiciada. Por otro lado no puede desconocerse que, la situación de separación efectiva de hecho, tiene consecuencias jurídicas reconocidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, por lo que también se deben considerar estas consecuencias en el ámbito del derecho penal. Para ello es necesario profundizar en la búsqueda de la solución adecuada, en función del grado de deterioro de las relaciones conyugales y parentales, de manera que una simple diferencia o discusión no puede ser considerada como apoyo, para enervar los efectos agravatorios del parentesco sobre las agresiones personales. Es necesario que se compruebe la existencia de una ruptura duradera en el tiempo, que pueda servir de base para debilitar los sentimientos afectivos y para abrir un paréntesis prolongado en las relaciones personales.

5. Ciñéndonos al contenido del hecho probado, que no ha sido impugnado por la parte recurrente, podemos observar que el Magistrado Presidente del Tri-

bunal del Jurado, al redactar lo acontecido, en función del objeto del veredicto y de las respuestas de los jurados, nos dice que, antes de producirse los hechos, habían existido otras crisis conyugales, si bien no especifica las fechas en que se produjeron. Con mayor precisión cronológica se resalta una discusión del acusado con su mujer, consistente en un maltrato en plena calle ocurrido el día 19 de febrero de 1998, a consecuencia del cual, la esposa se va a vivir a casa de su madre. A partir de este momento el marido intentó que volviese al domicilio conyugal, anunciando su muerte para el supuesto de no regresar. El siguiente día 6 de marzo el acusado subió al inmueble donde vivía la víctima y después de conseguir que le abriese la puerta, desencadena toda su actividad criminal que acaba con la vida de la agredida.

Ya hemos dicho que, para eliminar o hacer irrelevantes los efectos agravatorios del parentesco conyugal, es necesario que se haya producido una situación prácticamente irreversible derivada de una notoria prolongación en el tiempo de la falta de convivencia. El escaso período transcurrido, desde el momento en que se produce el abandono del domicilio conyugal, hasta que se consuma el acto homicida y la persistente conducta del acusado tratando de reanudar la vida matrimonial, nos llevan a la conclusión de que no nos encontramos ante una destrucción, más o menos definitiva de la relación entre ambos cónyuges, sino ante una situación de tensión que no elimina, de forma irreversible, los lazos que se derivan de una relación parental de esta naturaleza. Todo ello nos lleva a la conclusión de que la actuación del acusado se mueve dentro del ámbito familiar que previamente habían establecido y que no habían llegado a cortar de manera definitiva por lo que es de apreciar la agravante de parentesco tal como ha sido estimada en la Sentencia recurrida.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 25 julio 2000)

Apreciación de la agravante de parentesco cuando los cónyuges mantienen la convivencia, pese a que la relación estaba deteriorada

Cuarto. Por igual vía casacional, se denuncia en el tercer motivo la aplicación indebida de la agravante de parentesco, prevista en el artículo 23 del Código Penal («es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor»).

Respecto a este *thema decidendi*, y siguiendo la Sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 1998, debemos señalar: 1.º) Una antigua doctrina jurisprudencial –*ad exemplum* SSTS de 8 julio 1981, 29 mayo 1982, 25 abril 1985, 15 noviembre 1986 y 21 septiembre 1991– en que la separación judicial de los cónyuges no disolvía el vínculo matrimonial, por lo que no impedía la aplicación de la agravante a efectos del artículo 420 párrafo último y del artículo 405 del Código de 1973. 2.º) La Ley Orgánica 3/1989, de 21 junio de Actualización del Código Penal

suprimió tal referencia en el artículo 420. 3.º) La jurisprudencia de esta Sala mostró que ha de concurrir, además del dato objetivo del parentesco, la relación de afecto personal –ver SSTs de 26 junio y 15 septiembre 1986, 22 marzo 1988 y 27 diciembre 1991, de 20 abril, y 13 octubre 1993–. 4.º) Si bien la Sentencia de 9 diciembre 1993 recogió al respecto que «al hilo y acorde con lo argumentado precedentemente, la doctrina de esta Sala, pacífica y reiteradamente viene declarando y así, entre otras, en las SSTs de 7 junio 1985, 15 noviembre 1986, 31 octubre 1987, 27 y 29 septiembre y 4 octubre 1988, 9 febrero 1989, 25 febrero 1991 y 7 abril 1993 y en el Auto de 31 marzo 1993, que el estado de separación matrimonial no descalifica a la víctima de la condición de cónyuge, pues este condicionamiento no se elimina si no existe la nulidad de la unión matrimonial (o la declaración de divorcio), porque lo que origina la condición de cónyuge es precisamente la existencia del vínculo que nace al contraer matrimonio, el cual se extingue únicamente por muerte, nulidad o divorcio...». 5.º) La Sala Plena (no jurisdiccional) de esta Sala Segunda acordó el 18 de febrero de 1994 por mayoría la exclusión del artículo 405 del anterior Código Penal en los casos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al autor. Así se recogió en las SSTs de 28 marzo, 31 octubre y 12 julio 1994, de 25 septiembre y 24 noviembre 1995. 6.º) Se declaró estimar la agravación cuando la convivencia no se había interrumpido –Sentencia de 11 mayo 1996– o cuando subsistía la *affectio maritalis* –Sentencia de 8 marzo 1995– añadiéndose en la de 11 octubre 1996, que la cesación de la convivencia en el caso no significaba desafección, pero exigiéndose, en todo caso una concurrencia de afecto –SSTs de 30 abril, 6 mayo, 13 junio, y 2 diciembre 1997.

Aun cuando esta circunstancia mixta es debatida su justificación en la doctrina científica y por la jurisprudencia de esta Sala, con múltiples pronunciamientos a este respecto, para su concurrencia es necesaria una notoria desafección sentimental, no el simple deterioro de las relaciones personales, que tenga una cierta duración temporal y, en ocasiones, se ha exigido que se traduzca en el abandono del domicilio conyugal. En el caso, agresor y agredida era cónyuges y mantenían la convivencia a pesar de que su relación estaba ciertamente deteriorada, en el *factum* únicamente se expone que apenas se hablaban, pero que lo era «en especial en las fechas más recientes», por lo que el motivo tiene que ser desestimado, al faltar el requisito de la temporalidad.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

La agravante de parentesco no es apreciable en homicidio por imprudencia de madre a hija, ya que la omisión de deber de cuidado comprende el supuesto de la agravación

Tercero. 1. Analizamos la cuestión sobre la concurrencia de la circunstancia mixta, considerada como agravante, a los hechos enjuiciados.

2. La Sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado afirma la concurrencia de la circunstancia de parentesco al concurrir los dos requisitos que

estima precisos: la existencia de una relación parental entre la madre y la recién nacida y el conocimiento por el sujeto activo de la existencia de la relación.

Esta Sala en interpretación del artículo 23 del Código Penal vigente ha señalado que la agravación derivada de una relación parental tiene su fundamento en la existencia de la propia relación en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho precisamente por el aprovechamiento de la relación parental. En términos de la STS de 29 de junio 2000, la agravación «aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura». Por ello hemos declarado que junto a los dos requisitos que la Sentencia del Tribunal del Jurado expone, la existencia de la relación parental y el conocimiento por el autor del hecho, ha de concurrir el aprovechamiento de esa relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental.

Por otra parte, la condena por delito de homicidio imprudente, en los hechos que el Tribunal del Jurado declara probados, no permite la aplicación de la circunstancia de parentesco como agravación, pues la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada, comprende el presupuesto de la agravación.

Consecuentemente, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 19 octubre 2000)

ARTÍCULO 28

Es autor de asesinato y atentado y no colaborador de terrorismo quien decide el lugar y forma de cometer la acción criminal

Tercero. Según la jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse la cooperación necesaria prevista en el artículo 14.3.º CP 1973 y en el 28 b) CP de 1995, cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. Tiene también declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su

colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (*vid.* SSTS de 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (*vid.* SSTS de 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (*vid.* STS de 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTS de 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998). La Sentencia de esta Sala de 24 febrero 1995 entiende que por la aplicación de la teoría de los bienes escasos, se estimará que hay cooperación necesaria y no complicidad cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, y que no estaría dispuesto a proporcionar el ciudadano común, y que resulta causalmente eficaz para el resultado (SSTS de 28 enero 1978, 18 junio 1981, 27 octubre 1982, 26 abril 1989, 14 febrero, 15 julio, 23 septiembre y 26 diciembre 1993 y 7 diciembre 1994).

(Sentencia de 24 abril 2000)

Autoría conjunta: participación aditiva en delito de homicidio mediante actos que facilitan el ataque letal del otro acusado

Tercero. (...) La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 29-3-1993 y 24-3-1998) ha admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; 2) que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; 3) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento y 4) que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

El caso de autos es un típico supuesto de participación adhesiva o sucesiva, como estimó la Sentencia recurrida en su Fundamento sexto. Hubo una coincidencia de voluntades de los partícipes, lo que se ha denominado también dolo compartido, y si la acción de Miguel L. C. fue la decisiva para el logro del propósito homicida presente en ambos acusados, las acciones iniciales de Miguel L. B., de golpear con el puño y acuchillar a Francisco N. T., facilitaron el ataque del otro, que golpeó por la espalda a Francisco, mientras éste estaba atento a rechazar la agresión de Miguel L. B.

(Sentencia de 26 julio 2000)

Concepto de cooperador: teorías para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad. Realización de conductas formando parte de un grupo de conducción y ejecución de las víctimas, registro de vivienda, arrastrar y abandonar cadáveres entre otros actos

Séptimo. (...) Concretamente, el recurrente que actúa en nombre de S. S. aduce, como soporte esencial de su tesis, que el *factum* no recoge el acuerdo previo del acusado con los demás, su participación subjetiva en los planes de dar muerte a las víctimas y los actos de colaboración o ejecución que se le imputan dentro del grupo de personas actuantes de modo que se trate de actos trascendentales de cooperación necesaria.

No ofrece duda que el cauce casacional elegido impone el escrupuloso e integral respeto a las declaraciones fácticas de la Sentencia de Instancia. Ubicadas éstas en el relato de hechos probados y en las fundamentos jurídicos cuarto y sexto, resulta ilustrativo rememorar sintéticamente con el Ministerio Público su contenido: se narra su acuerdo previo con los demás integrantes del grupo y su intervención directa en la planificación delictiva contactando telefónicamente el 8 de noviembre de 1993 con Sergio P. Asimismo sus contactos con las víctimas desde que llegaron a Ciutadella, llevándoles a la finca por él alquilada donde el grupo tenía previsto llevar a cabo las acciones punibles. Estuvo presente con los demás integrantes del referido grupo actuando de acuerdo con los autores materiales que, en acción conjunta, con los otros componentes del mismo dispararon sobre las víctimas con el arma que se encontraba en la casa y torturaron a una de ellas para lograr sus propósitos, tras registrar todos ellos el inmueble. Finalmente, trasladó en su automóvil los cadáveres hasta el lugar en que fueron hallados e hizo desaparecer las huellas de los crímenes.

Ante dicho comportamiento no está justificado cuestionar, negando la concurrencia de sus requisitos, el título de imputación asignado de acuerdo con los términos del artículo 14.3.º del CP derogado, pues la cooperación necesaria, según la jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), mientras que la complicidad se apreciará cuando, no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria, exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. La Sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 1995 entiende que por la aplicación de la teoría de los bienes escasos, se estimará que hay cooperación necesaria y no complicidad cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, que no estaría dispuesto a proporcionar el ciudadano común y que resulta causalmente eficaz para el resultado (en el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 28 enero 1978, 18 junio 1981, 27 octubre 1982, 26 abril 1989, 14 febrero 1993, 15 julio 1993, 23 septiembre 1993 y 26 diciembre 1994).

En definitiva, cualquiera que sea el criterio dogmático utilizado para delimitar el concepto de autor por cooperación necesaria y destacando que la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios sin adscribirse a ninguno de ellos en ex-

clusiva, 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, se asume sin dificultad que la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, sino que desarrolla únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por uno y otro, o por unos y otros, en el contexto del concierto previo o *pactum scaeleris*.

Ello significa que aplicando los parámetros jurisprudenciales definidos al caso sometido a consideración, concluimos ratificando la decisión del Tribunal Provincial en tanto que la contribución de los condenados al éxito del resultado delictivo tiene carácter relevante en cuanto que aporta a la empresa delictiva una actividad de naturaleza decisiva que, además, no es fácilmente obtenible en el seno del comportamiento habitual de la mayoría de los ciudadanos.

A tal efecto –y sin perjuicio de resaltar el contenido del fundamento jurídico sexto de la combatida por conformarse como resumen de la justificación producida por el Tribunal Provincial en orden a la cuestión ahora debatida– creemos oportuno reproducir también el fundamento jurídico primero de dicha resolución. En los asesinatos, «los dos acusados actuaron –como se verá– como partícipes, a modo de cooperadores necesarios. Este Tribunal no puede ni debe ocultar su convencimiento de que en el banquillo de los acusados no están todos los que son y lo son los dos que lo están. Los dos procesados formaban parte de un grupo de personas unidas, previo acuerdo para los mismos fines u objetivos, que eran los de tratar sobre transporte o pases de droga, o de su entrega, devolución o recogida (en estos casos los dos fallecidos serían “correos”), o exigir el pago de la entrega o de pases anteriores, o de abonar el precio, o recuperar las sumas ya pagadas, o cobrar deudas atrasadas, o exigir las sustancias estupefacientes sin haber reunido y pagado la totalidad del precio, o dejar de pagar el valor pactado, o cualquier tipo de ajuste de cuentas, o una combinación con las y de las finalidades aludidas, precedentemente reseñadas en los párrafos 1.º, 5.º, 6.º, 7.º y último del relato fáctico. El propio acusado L. A. S. manifestó que los dos fallecidos le habían dicho que habían venido a tratar negocios con unas personas, y que tales negocios se relacionaban con drogas, que le pidieron un lugar para tratar el tema, y les facilitó la dirección de su casa que no ocupaba, y que ellos dos habían quedado con tales personas y facilitado la dirección; y si fuere preciso, bien para unas alternativas u otras, quitándoles la vida, sin dejar pruebas ni rastros comprometedores para ninguno de los componentes.

La participación de los dos acusados lo fue, cuando menos, a título de cooperadores necesarios en la dinámica comisiva, estuvieron presentes durante su ejecución o en su preparación, y se desconoce (porque callan sistemáticamente) si además alguno de ellos o ambos fueron los autores materiales de los disparos que causaron las muertes de Fernando M. y de Guadalupe V. Con todo, se ordenará deducir testimonio de particulares al Juzgado de Instrucción de Ciutadella, referenciados sobre otras personas, ahora no procesadas, por si sus respectivas actuaciones y/o declaraciones o silencios fueren constitutivos de delito. Es evidente que los

silencios que ofrecen los dos procesados benefician a terceros, autores o partícipes e intervinientes en los hechos delictivos, y que no actuaron solos, a sabiendas que con tal actitud determinados actos podrían quedar impunes, y sólo se penarían los correspondientes a su participación, con exculpación de los restantes por miedo propio. No obstante, la relación de amistad y la conexión delictiva entre los dos acusados es clara en el tiempo y en la dinámica de producción y de ejecución de los hechos. Hasta ahora, los dos coprocesados parece que asumen toda la responsabilidad sobre los hechos enjuiciados al haber hecho el “trabajo sucio” de entrevistarse, matar, ocultar los cuerpos y limpiar ropas y vivienda, mientras encubren a otros partícipes o a coautores. La complejidad de los hechos no puede ser asumida sólo por dos personas ni mucho menos por una sola, sino por varias, planeados a partir del día 8 de noviembre 1993, con cometidos y roles distintos pero principales y eficaces, que incluyen, además de las muertes, el trasiego, la adquisición y la ocultación del arma homicida y cartuchos.

En definitiva, sea cual fuere la finalidad pretendida por parte de los componentes del grupo, decidieron matarles comenzando por el varón, a fin de aminorar la posible resistencia que pudiese ofrecer Guadalupe V. L. posteriormente, a la que no dudaron en torturar y finalmente matar, no sin antes haber revuelto y desordenado toda la casa.

La trama inventada por el acusado L. A. S. en contra de determinados miembros de la Guardia Civil, y que intenta sustentar o soportar con otros testigos que han contactado con él en el Centro Penitenciario de Palma, resulta insostenible por inverosímil, desestructurada e increíble, a la vez que fabricar o aportar pruebas falsas y rumores, con mero ánimo exculpatorio.

El grupo organizado de personas, del que los dos acusados formaban parte y tenían distintos roles, viene referido en los párrafos 4.º, 5.º, 6.º y 8.º de los hechos probados, en las actividades de entrevista, conducción y ejecución de las dos víctimas, registro de la vivienda “Bella Pintada” y limpieza, tendido y secado de ropas y prendas de vestir, arrastre y abandono de los cadáveres, así como en los párrafos 11.º y 14.º sobre el propósito u objetivo conocido por los acusados y sobre las relaciones (sobre drogas) de un tercero con los dos fallecidos; y en respuesta a este grupo se ordena deducir testimonio de particulares a fin de investigar la conducta de muchas personas que asimismo puedan ser integrantes del mismo (véase parte dispositiva de la presente resolución).

El testigo señor V. C. se refiere a un grupo de personas conflictivas, en el que se integran los dos acusados, a quien relaciona, al igual que M.ª Isabel V.».

Octavo. El discurso impugnativo de la asistencia letrada que recurre representando al condenado R. H. avanza por cauces argumentales parejos a los ya referidos, aun cuando en este caso, el énfasis se pone en la ausencia de identificación de las demás personas intervinientes en la acción, extremo que, a juicio del recurrente, resulta obstáculo insalvable para formar convicción acerca del acuerdo con que actuaron y la intervención concreta que tuvieron los acusados.

Nuevamente hemos de recurrir al contenido fáctico de obligada referencia: *factum* y fundamentos jurídicos tercero, cuarto y sexto en los que se afirma cómo el mencionado acusado en todo el decurso de la acción actuó de acuerdo con los demás integrantes del grupo en el común designio de darles muerte si obstaculizaban sus propósitos. En concreto, el *factum* le imputa el haber estado presente y actuar de consuno con el correo en sus contactos con Sergio P. y personas relacionadas con la mencionada operación de pase de drogas, el haber adquirido días

antes de los hechos la escopeta con los cartuchos utilizada en las acciones homicidas y facilitarla al autor material, su presencia en el inmueble mientras tenían lugar los disparos y torturas y el ocultamiento del arma citada.

La ejecución de tales actos, indiscutiblemente relevantes en términos de aportación a la acción delictiva, merecen la calificación de imprescindibles dados los términos del precepto cuestionado y la praxis jurisprudencial que los interpreta y a la que hemos hecho mención. De ahí que la decisión de homologar la determinación de instancia propicie la reproducción del ya citado fundamento jurídico sexto en el que, en concordancia con las afirmaciones fácticas que le preceden, se establecen las razones instrumentadas para asignar a los acusados el título de actores por cooperación necesaria. Dice así el mencionado apartado de la recurrida: «La respectiva actuación de los acusados, programada, planificada y rápidamente ejecutada, les convierten en autores, según lo prevenido en el artículo 14-3.º del anterior Código Penal. Los contactos, la facilitación de la casa para el encuentro con las víctimas, el traslado a la misma, el uso de la vivienda para llevar a cabo la acción homicida, la utilización del vehículo para cargar y ocultar los cadáveres, así como la petición, adquisición y facilitación y uso del arma homicida y su posterior abandono para ocultarla, son actos eficaces, necesarios y trascendentes en el resultado finalístico de las infracciones, y los procesados contribuyeron a la dinámica con actos de los reseñados, sin los cuales el hecho criminal no hubiere podido realizarse, integrantes de unas actividades adyacentes y destinadas para relacionarse con la de los autores materiales, e imprescindibles, y no se descarta, porque lo callan, que uno u otro o los dos fueren los ejecutores, además de planificadores, previo acuerdo con otros e idéntico fin.

Ambos partícipes contribuyeron y favorecieron, en definitiva, a que el autor o autores (quizá lo son ellos mismos o alguno) realizasen el tipo, haciendo prestaciones peligrosas, a las que le son inherentes simultáneas o ulteriores utilizaciones delictivas, creando una auténtica comunidad con los ejecutores directos, por lo que asumieron consecuencias delictivas como propias. En consecuencia, los procesados no contribuyeron causalmente al hecho de los autores principales (a excepción de que lograre probarse que lo fueron) sino que aportaron motivos, razones y medios materiales necesarios, cualificados imprescindibles e irremplazables en un momento concreto para que los autores ejecutaran los hechos, sin los cuales, éstos no hubieren sido efectuados (SSTS de 26-6 y 23-10-1989, 30-4 y 22-11-1990, 25-1, 3 y 16-6 y 11-11-1991, 13-10, 4-11 y 11-12-1992, 16-2, 31-3, 15-7 y 8-9-1993, y 17-11-1994, entre otras muchas) o podido ser realizados.

Los actos respectivamente realizados por cada acusado, precedentemente detallados, fueron decisivos, principales y trascendentales en el resultado finalístico de las infracciones, dentro de la planificación de los hechos y a tenor del o de los objetivos previstos por el grupo y de significación causal para el logro de aquéllos.

En su consecuencia, ambos motivos también se rechazan.

(Sentencia de 29 septiembre 2000)

ARTÍCULO 29

Diferencias entre cooperador necesario y cómplice: es cooperador necesario en robo quien facilita la huida de los demás, siendo irrelevante el hecho de que no participe en el botín

Cuarto. (...) El antiguo artículo 16, hoy 29 CP, define la participación como cómplice en sentido estricto adoptando un criterio de residualidad, por una parte, –no hallándose comprendidos en el artículo anterior–, y, por otra, haciendo mención positiva a la cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. La cuestión, como consecuencia del principio de legalidad, consiste en definir los límites existentes entre lo que constituye la cooperación necesaria a la que se refiere el artículo 28, antes 14, y la contenida en el artículo siguiente. A este respecto la Jurisprudencia de esta Sala ha llenado de contenido la cooperación no necesaria propia de la complicidad refiriéndose a actividad secundaria, coadyuvante, auxiliar, accesoria, subalterna o periférica, caracterizando los actos del cómplice como no imprescindibles para la obtención del resultado, pero sí dotados de cierta relevancia y eficacia, pues de lo contrario serían impunes (SSTS de 28-11-1997, 24-3-1998 y 2-3-2000). Por otra parte, este grado de participación es compatible con la existencia de un acuerdo o pacto previo y desde luego su relación es de accesoriadad por lo que hace a la acción de los autores. Por ello no es posible prescindir de los aspectos relativos al grado de eficacia a la hora de distinguir las dos clases de cooperación, necesaria y complicidad.

Lo que sucede en el presente caso, conforme al *factum* transcrito más arriba, es que la participación del hoy recurrente, no sólo excede de la mera cooperación del cómplice, sino que se inserta más propiamente en el concepto de la coautoría, rebasando incluso la participación por cooperación necesaria. Se había concertado con los otros dos autores para participar en los hechos, asignándole además un papel específico y relevante, cual es facilitar la huida de todos ellos, sobre todo teniendo en cuenta que los hechos se producen en un almacén donde se encontraban presentes varias personas, como se pone de relieve también en el relato histórico, de forma que la huida, su aseguramiento, constituye un elemento principal en la ejecución del plan concebido y compartido por todos los intervinientes. De la misma forma que los actos de vigilancia son estimados constantemente por esta Sala propios de la coautoría o de la cooperación necesaria, con mayor razón la facilitación y aseguramiento de la huida cuando ello resulta esencial teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, como sucede en el presente caso (SSTS de 14-10-1998, 5-10-1999).

La cita, en defensa de su argumentación, que hace el recurrente de la Sentencia de esta Sala de 25-10-1993, no puede servir de base para la estimación del recurso si tenemos en cuenta lo que en la misma se señala en el fundamento de derecho tercero *in fine*. Y así, refiere un relato «ambiguo», se habla de solicitud de «ayuda (...) con el simple fin de conducir los camiones una vez los sacaran del almacén en donde se encontraban», sin tener participación los cómplices en el beneficio que los autores pensaban obtener con la carga, concluyendo en la existencia de una «colaboración contingente y secundaria», lo que desde luego no

constituye doctrina aplicable según los hechos declarados probados en el presente caso.

Por todo ello el motivo también debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

ARTÍCULO 50.5

Días-multa: cuando se desconozca la solvencia del penado no existe obligación de imponer necesariamente la cuota mínima de 200 ptas. Imponer cuota de 1.000 es razonable

Tercero. El tercer motivo denuncia por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del artículo 50.5 del Código Penal por fijarse en la pena de multa una cuota día de 1.000 pesetas, sin justificación alguna, cuando legalmente se establece un abanico entre 200 y 50.000 pesetas día. Entiende el acusado que al decir la Sentencia que su solvencia es desconocida no debió superarse la cifra de 200 ptas./día.

El motivo debe desestimarse. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su oposición, la motivación exigida en el artículo 50.5 debe entenderse dentro de un margen de racionalidad con el fin de atemperar el hecho a las circunstancias personales económicas del culpable. Una multa cuya cuota diaria puede estar entre 200 y 50.000 pesetas diarias, y que se fija a razón de 1.000 ptas./día se ha impuesto en el primer escalón de los cincuenta que la multiplicación de ese importe podía recorrer. Tan próximo está al límite mínimo, y tan alejado se encuentra del límite máximo, que el importe fijado, una 50.ª parte del total autorizado, no supone infracción alguna en la individualización punitiva cuando se desconoce la solvencia del acusado. La innecesariedad en tales casos de imponerse exactamente la cifra de 200 ptas./día ya fue declarada por esta Sala en su Sentencia de 7 de abril de 1999, cuyo criterio se reitera en esta resolución.

El motivo por lo expuesto se desestima.

(Sentencia de 24 febrero 2000)

ARTÍCULO 53.3

No procede el cumplimiento del arresto sustitutorio si la pena de prisión a la que acompaña era menor de cuatro años pero al sumarle los días de arresto sobrepasa ya ese límite

Tercero. Los motivos segundo, tercero y cuarto pueden agruparse en uno solo, en tanto que se cuestiona en todos ellos, la individualización penológica que lleva a cabo la Sala sentenciadora, tanto por la vía del artículo 66.1 del Código Penal, como por la infracción del artículo 53 del propio Cuerpo Legal, todos

ellos formalizados por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, el Tribunal sentenciador, sin dedicar fundamento jurídico alguno relativo a la individualización penológica, impone a ambos acusados la pena de prisión de cuatro años y multa de diez millones de pesetas, determinando un arresto personal sustitutorio de un año en caso de impago. Por consiguiente, analizaremos primero si tal consecuencia punitiva por impago de la multa proporcional es correcta desde la óptica de la legalidad penal y después realizaremos las oportunas consideraciones jurídicas acerca de la aplicación judicial de la individualización penológica en el caso sometido a nuestra revisión casacional.

Aun cuando hoy la regla ordinaria es la imposición de multas bajo el denominado sistema escandinavo, que se desenvuelve normativamente en el artículo 50 del CP 1995, en ciertos casos, como los previstos en el artículo 52, y únicamente cuando la Ley así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, ya que el artículo 369.3.º (en relación con el art. 368) permite la imposición de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito, siendo conforme a derecho la multa impuesta de diez millones de pesetas, en tanto que tal droga fue valorada, y así consta en el relato histórico de la Sentencia recurrida, en la cantidad de 5.093.625 pesetas. En tales supuestos de multa proporcional, ordena el artículo 53.2 que «los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad». En el caso revisado, el Tribunal sentenciador impuso la máxima duración –un año– sin razonamiento alguno tampoco sobre este aspecto, e individualizó la pena de prisión en cuatro años, realizando una operación penológica que, como veremos seguidamente, infringe el contenido del artículo 53.3 del CP 1995, en la forma que se interpreta jurisprudencialmente tal precepto. En efecto, el motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, merece acogida porque –como señala la doctrina de esta Sala (exponentes de la misma son, entre otras, las Sentencias de 23 abril y 26 septiembre 1996)–, interpretando el CP 1973, tanto cuando se condena por un delito a pena de más de seis años de privación de libertad, como cuando la condena se componga de varias penas privativas de libertad inferiores a la indicada, pero cuya suma total la excede, no puede imponerse al condenado la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 91 del CP 1973 para el supuesto de impago de las penas de multa impuestas; llegando a aplicarse esta regla para aquellos otros supuestos en que la privación de libertad impuesta al condenado no alcance los seis años, pues, «si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años, porque en otro caso se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de seis años y un día que el que lo fue, por ejemplo, a las de cinco años y once meses, sin arresto sustitutorio aquélla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los seis años y un día» (véanse las SSTs de 1 de febrero de 1994 y la más cercana de 30 de mayo de 1997).

Tras la promulgación del CP 1995, se mantiene esta misma línea interpretativa por la jurisprudencia, así, la reciente Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2000, realizando un exhaustivo estudio de esta cuestión, mantiene que el artícu-

lo 53.3.º del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena de multa privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es «superior» a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorias como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

En consecuencia el artículo 53.3.º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal.

(Sentencia de 31 octubre 2000)

ARTÍCULO 56

Razones por las que se pueden imponer las penas de suspensión de cargo o empleo público y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo aunque no guarden relación con el delito cometido

Quinto. También como infracción de ley, aun cuando sin efectos sobre el fallo de la segunda Sentencia que ha de dictarse por esta Sala para no vulnerar la prohibición de la «reformatio in peius», debe señalarse la omisión de la pena accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, solicitada expresamente por el Ministerio Público y prevista legalmente en el artículo 56 del Código Penal para estos supuestos, pena que la Sala omite expresando su criterio de que no guarda expresa relación con el delito cometido.

Como señalan las SSTs de 23 de marzo y 18 de octubre 1999, el artículo 56 *in fine* del Código Penal de 1995 establece efectivamente 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». Pero este requisito se refiere a la pena accesorias 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», y 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 apreciación de que se utiliza 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 (STS 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 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, la pena accesoria a imponer es precisamente la re-

sidual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, tal y como interesaba el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 14 julio 2000)

ARTÍCULO 57

Prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito. Esta medida debe cumplirse una vez extinguida la pena privativa de libertad

Segundo. (...) El Ministerio Fiscal interesa en la parte final de su escrito que el cumplimiento de la pena de prohibición de volver al lugar de los hechos se produzca a continuación del de la pena privativa de libertad, ya que en otro caso no se cumpliría la finalidad perseguida con aquélla.

Por el contrario la representación del procesado pide que, en caso de imponerse la pena solicitada, su cumplimiento sea simultáneo al de la principal, «por cuanto el transcurso del tiempo en prisión atenuaría considerablemente aquel posible temor de la víctima».

Hemos de aceptar la primera postura ya que, como se dice en la Sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 1999 citada por el Fiscal, de acordarse el cumplimiento simultáneo de la pena principal y de la accesoria impropia, se perdería la finalidad de prevención de ésta, convirtiéndose en ilusoria la protección que debe pensarse a la víctima.

Por todo lo expuesto el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

ARTÍCULO 58.1

La prisión preventiva sufrida en causa en la que fue absuelto es abonable en otra cuyos hechos se cometieron antes de conocerse aquella absolución

Tercero. El artículo 33.1 CP anterior establecía que «el tiempo de prisión preventiva sufrida durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena...», precepto que entendido en su literalidad no permitía el mencionado abono para otras causas diferentes de aquella en la cual se había acordado esa prisión provisional.

Sin embargo, la doctrina de esta Sala, en beneficio del reo, en los últimos años viene siguiendo un criterio amplio a fin de que tal abono pueda producirse (SSTS de 3-12-1990, 24-11-1992, 2-7-1993, 23-3-1998 y 4-11-1998, entre otras muchas).

Nos pareció lo más razonable reconocer, en beneficio del reo, la posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza.

No tiene sentido acudir al sistema de indemnización por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, previsto en los artículos 292 a 297 de la LOPJ, si es posible computar la privación de libertad en otra causa distinta de aquella en la que se acordó.

Ahora bien, necesariamente este criterio, que debe reputarse como la regla general, ha de tener una excepción por evidentes razones de prevención del delito y de seguridad pública, en los casos en que el reo, que sufrió la prisión provisional no computable en la propia causa, conocedor ya de tal situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, pudiera delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla.

Ciertamente, tal sentimiento de impunidad, por saberse titular de un crédito o saldo positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia, constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria con pena inferior) dictada en la causa en la que la medida cautelar de privación de libertad fue acordada, sin que haya razón alguna para denegar la aplicación de tal abono en los demás casos.

Con relación a tal artículo 33.1 fue necesario hacer una interpretación amplia en beneficio del reo y lo mismo ha de hacerse ahora con referencia al artículo 58.1 CP actual, tal y como razonamos a continuación.

Cuarto. Dice el artículo 58.1 que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión».

Tal artículo establece una regla general de abono de la privación de libertad sufrida preventivamente (detención y prisión provisional), primero en la propia causa en que se produjo la medida cautelar y, subsidiariamente, en cualquier otra.

El requisito al que se refiere la última parte de tal norma («siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión») establece una excepción a la aplicación de esa regla general al imponer un límite cronológico que tiene su fundamento en esa doctrina de esta Sala antes referida, por la que no se permite el abono de la prisión provisional en causa diferente a aquella en que tal prisión se acordó cuando el reo conoce la Sentencia que le absolvió o le impuso pena inferior a la privación de libertad ya sufrida como medida cautelar y puede delinquir sabiendo que no va a cumplir la pena por tal abono o que la va a cumplir en cuantía menor a la legalmente prevista. Esa licencia para delinquir, como expresivamente dice la Sentencia de esta Sala de 23-3-1998, constituye un factor criminológico que ha de evitarse.

Éste es el fundamento de esta limitación o excepción a la regla general de abono de la detención o prisión provisional. En beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación legal con la que pueda autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado artículo 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la Sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal Sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del artículo 58.1 al que nos estamos refiriendo.

Aplicando tal doctrina al caso presente hay que estimar que la Audiencia Provincial tenía que haber acordado también el abono de los casi seis meses sufridos por Youssef K. en la causa en que fue absuelto por Sentencia de 21 de mayo de 1997, pues tal Sentencia absolutoria se dictó después de haber tenido lugar los hechos delictivos por los que se le impuso la pena pendiente de cumplimiento (véase el fundamento de derecho 1.º de la presente resolución).

Tales hechos delictivos ocurrieron el 13 de noviembre de 1996, cuando aún no se había dictado la mencionada Sentencia absolutoria y, por tanto, no cabe hablar aquí de que en esa ocasión hubiera delinquido con ese peligroso sentimiento de impunidad que constituye la razón de ser de la limitación del abono de prisión provisional prevista en el artículo 58.1.

En conclusión, ha de ser estimado este motivo 1.º en el que, por el cauce del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción del mencionado artículo 58.1 CP.

Quinto. En el motivo 2.º, por el mismo cauce del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora referida a los artículos 90 CP y 58 y ss. del Reglamento General Penitenciario. Plantea aquí el recurrente una cuestión relativa al cómputo del tiempo sufrido en prisión provisional, a los efectos de determinación de las tres cuartas partes de la condena que han de transcurrir para la aplicación de la libertad condicional.

Se trata de un tema de contenido penitenciario al que no se refiere el Auto recurrido y que por ello no puede ser objeto del presente recurso, lo que obliga a desestimar este motivo 2.º

(Sentencia de 11 mayo 2000)

No procede el abono a causa por hechos posteriores a la Sentencia absolutoria en que se había acordado la prisión provisional. Fundamento en la seguridad jurídica

Primero. 1. Se denuncia en el primer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, la infracción por inaplicación de los artículos 33 del CP 1973 y 58 del CP vigente de 1995, basándose en que el Auto impugnado no se ajusta a las

disposiciones legales ni a los derechos fundamentales, aunque éstos no se concretan.

2. En la ejecutoria 50/1999 procedente del Juzgado de 1.ª instancia e Instrucción núm. 4 la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Almería por Auto de 13 de agosto de 1999 se denegó al recurrente la posibilidad de deducir de la condena impuesta en dicha causa el tiempo de prisión preventiva sufrido en el procedimiento abreviado núm. 177/1993 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en la que fue absuelto por Sentencia de 16 de mayo de 1996 de esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo y en el que estuvo en prisión provisional en tres ocasiones: desde 3-8-1993 a 4-9-1994, 2-11-1994 a 4-4-1995 y 12-4-1995 a 16-5-1996.

3. Se funda el Auto impugnado en que tanto el tiempo de prisión preventiva de la causa de la Audiencia Provincial de Murcia como la fecha de la Sentencia absolutoria recaída en la misma «son de fecha anteriores a la de comisión de los hechos de los que dimana» la ejecutoria de la Audiencia Provincial de Almería.

El Auto no precisa, como debiera, haber hecho, la fecha exacta de los hechos.

A los efectos de este recurso es suficiente que el Auto así lo afirme, como el Ministerio Fiscal en la instancia y en la casación y que nada se objete, a este respecto, por el recurrente.

4. El artículo 33.1 CP 1973 en su dicción literal no permitía el abono de la prisión provisional en otras causas diferentes de aquella en la cual se había acordado.

La doctrina de esta Sala, en beneficio del reo, mantuvo un criterio amplio a fin de que tal abono pueda producirse (SSTS de 3-12-1990, 24-11-1992, 2-7-1993, 23-3-1998, 4-11-1998 y 11-5-2000).

La posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, era conforme con un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en cuya virtud, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza.

Necesariamente este criterio, que debe considerarse como la regla general, ha de tener una excepción por evidentes razones de prevención del delito y de seguridad pública, en los casos en que el reo, que sufrió la prisión provisional no computable en la propia causa, pudiera delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla, sentimiento de impunidad que constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria.

5. El artículo 58.1 del CP vigente establece que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión». Se da rango normativo a criterios de mayor amplitud que los del artículo 33 del Código derogado, en la línea de la jurisprudencia expuesta, pero manteniendo el límite cronológico que excluye la posibilidad de abono de la prisión preventiva a otras causas, cuyos hechos sean posteriores a la Sentencia absolutoria de la causa en la que se había acordado la medida cautelar, como sucede en el caso enjuiciado, pues en otro

supuesto se daría lo que expresivamente se calificó como «licencia para delinquir», como evidente factor criminógeno, en la Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1998 invocada en la resolución combatida.

El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 22 noviembre 2000)

ARTÍCULO 66.1.A

No concurriendo ni atenuantes ni agravantes se debe razonar la individualización de la pena, pudiéndose obtener el motivo de la imposición de una mayor pena a algún coacusado de los hechos probados en atención a la mayor relevancia en la participación de alguno de ellos

Tercero. (...) En el tercer motivo, del que no se explicita carece con una concisión extrema se limita el recurrente a cuestionar la distinta extensión de la pena que se ha impuesto a los recurrentes, ya que siendo todos coautores del mismo delito, Inmaculada Concepción y Juan Manuel son condenados a penas de prisión de nueve años y un día y Miguel Ángel R. a diez años.

Como ya es doctrina reiterada de esta Sala –SSTS de 12 de junio 1998, 27 de abril, 10 de mayo y 11 de junio 1999–, una de las manifestaciones del deber de fundamentación –art. 120.3.º CE– está constituida por la individualización judicial de la pena, extremo al que el vigente Código Penal se refiere en diversos artículos –art. 66.1.º entre otros–. El amplio margen de individualización judicial que se concede, tiene su justo límite por el razonamiento judicial, de suerte que una vez más, hay que recordar que discrecionalidad no es equivalente a arbitrariedad, por ello los Tribunales deben explicitar, siquiera someramente la razón del porqué se impone una determinada cantidad de pena, lo que resulta de la mayor importancia cuando son varios los coautores y no a todos se les impone la pena en la misma extensión. Es evidente que el silencio del Tribunal de instancia en este sentido debería llevar a la rectificación de la pena e imposición del mínimo legal ante un exceso no justificado, sin embargo existe una excepción a este criterio, cuando en el *factum*, o en datos de hecho que puedan encontrarse en la fundamentación de pueda afirmar sin error que aparecen reflejadas circunstancias que individualizan la conducta de uno de los coautores haciéndole merecedora de una mayor pena, dentro del límite legal y por encima de la señalada a los otros coautores. Todo enjuiciamiento es un concepto individualizado, y la concurrencia de especiales circunstancias en uno de los acusados puede justificar un tratamiento penal diferente dentro de los límites legales.

Ésta es la situación del caso que se analiza, pues si bien es cierto que en la fundamentación de la Sentencia se silencia incorrectamente la individualización de la pena, aparece con claridad en el *factum* un mayor protagonismo en la persona de Miguel Ángel R. P. en la medida que él es quien tenía la conexión en Panamá para recibir la droga, entra en contacto con Juan Manuel invitándole a intervenir en el delito, y finalmente efectúa el ofrecimiento a Inmaculada Concepción. Toda esta

situación recogida claramente en el *factum* denota un mayor protagonismo y justifica la diferencia de pena —un año más— impuesta a Miguel Ángel R. en relación a los otros dos condenados, acorde con su mayor protagonismo que la Sala de instancia le reconoce en el *factum* de suerte que ese dato justifica una mayor pena. Ésa es la razón de su pena y ello permite a esta Sala explicitarlo sin perjuicio de recordar que debió ser el Tribunal de instancia quien debió hacerlo.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 28 enero 2000)

Concepto de «gravedad del hecho» y «circunstancias personales del delincuente» para la individualización de la pena

Decimonoveno. Mayor atención merece el estudio del tercer motivo que, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de la regla primera del artículo 66 del Código Penal, ya que la Sala sentenciadora, sin motivación alguna, impone la pena por encima del mínimo legal, siendo condenados a cuatro años de prisión, por lo que solicita se imponga la penalidad correspondiente en su grado mínimo.

Como dice la Sentencia de esta Sala, de 16 de febrero de 1999, cuando el artículo 66.1.ª del Código Penal se refiere a las circunstancias personales del delincuente está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto. Estos factores son de distinta naturaleza de los que integran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tal como se definen en el Código. Por ello no forma parte de estos componentes sociológicos-psicológicos la ausencia de antecedentes penales, ya que ello sólo sirve para descartar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y no siempre su ausencia se debe a la carencia de antecedentes sino a la naturaleza, tiempo y catalogación de anteriores comportamientos delictivos. En el proceso de individualización de las penas, debe jugar una serie de factores que actúen al margen de las reglas más rígidas y formalistas que se establecen para el caso de que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos.

El artículo 66, regla primera, del Código Penal, dispone que «cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la Sentencia». Evidentemente, la

gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla primera del artículo 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En el caso que nos ocupa, la resolución impugnada no incorpora a su esencial estructura las consideraciones técnicas en las que se debían analizar las posibilidades de activación de las previsiones normativas que el recurrente plantea. De ahí que, en orden a la motivación de la pena, esta Sala haya recordado con reiteración la «conveniencia de una motivación sobre el particular, explicitando las razones que hayan presidido la solución aceptada» (SSTS de 5 de diciembre de 1991 y 26 de abril de 1995, entre otras), porque, como dice la Sentencia de esta Sala, de 21 de junio de 1999, la facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente determinado está jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente y afectan en supuestos como el presente a un derecho fundamental de contenido sustancial, el derecho a la libertad personal del recurrente que constituye, además, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional en Sentencia de 10-3-1997 afirma que «la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC 14/1991 fundamento jurídico 2.º, entre otras), sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior».

La Sala sentenciadora no ha dedicado ningún apartado en su fundamentación jurídica para la justificación de la individualización penológica que lleva a la parte dispositiva de su resolución judicial, con clara infracción de lo dispuesto en la regla primera del artículo 66 del Código Penal. Tal déficit argumental no puede en este caso ser suplido por esta Sala Casacional por no contarse con elementos suficientes para dicha individualización, particularmente en lo concerniente a los elementos subjetivos que han de tenerse en cuenta, razón por la cual, estimando el motivo, debemos casar la Sentencia para imponer la pena mínima, efecto expansivo que debe trasladarse al resto de los procesados recurrentes por encontrarse en

idéntica situación, conforme autoriza el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues tal argumento le es perfectamente aplicable por esta motivación a los demás. En efecto, en el caso de Ana C. F., Manuel M. H. y Enriqueta C. C. se impone la pena de prisión en diez años, en lo que se refiere al subtipo agravado de cantidad de notoria importancia (art. 369.3.º CP) sin explicación alguna de tal individualización penológica, cuando, sin embargo, a la hora de imponer la sanción punitiva por el delito de tenencia ilícita de armas que afecta a los dos últimos, se marca su extensión en la mínima, conforme a lo previsto en el artículo 564.1, apartado primero, en relación con el 2.1.ª, por consiguiente aplicando tal efecto expansivo procede casar la Sentencia e imponer en todo caso la penalidad en su grado mínimo, conforme a los parámetros interpretativos que dejamos expuestos.

(Sentencia de 27 noviembre 2000)

ARTÍCULO 74

Delito continuado en los delitos contra la libertad sexual: criterio jurisprudencial

Tercero. 1. Por el cauce casacional autorizado por el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración del artículo 74 del vigente Código Penal, argumentando el recurrente que la doctrina de este Tribunal viene declarando que, en los supuestos en que una pluralidad de acciones no rompa la unidad de la conducta, por responder a un único plan del agente, es adecuado y congruente la estimación unitaria del delito por ser reflejo de un dolo unitario, y así, «en los casos de reiterados actos carnales que se realizan bajo un solo impulso erótico y en el mismo marco espacio-temporal, es posible la estimación de esos hechos como un solo delito».

2. Es cierto que con carácter general, esta Sala ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla. Pero, no lo es menos, que una línea jurisprudencial más matizada permite admitir la excepción a la regla general, aunque insistiendo siempre, según recuerda la Sentencia de 2-2-1998 –así como, la Sentencia de 22-10-1992 que cita las de 17-7-1990 y 18-12-1991– en la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles. Sentencias como las de 16-2 y 25-5-1998 y 26-1-1999 admiten la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Es por ello por lo que la praxis doctrinal de este Tribunal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo (SSTS de 11 de octubre

y 26 de diciembre de 1996, entre otras), criterio reiterado, entre otras, en Sentencias de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997 y 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998.

3. Ahora bien, en el caso sometido a nuestra consideración, no se cumple el requisito de la unidad de sujeto pasivo, ya que nos encontramos con agresiones sexuales realizadas a dos víctimas distintas, hijas del procesado, y por otro lado, aunque pudiéramos aplicar tal expediente a las dieciocho agresiones sexuales cometidas contra Sofía, es lo cierto que la misma fue objeto de un delito del artículo 179 (en relación con el 180.4.º), por la penetración vaginal de que fue objeto, y que igualmente su hija Fátima, como relata el *factum*, cuando tenía trece años, fue golpeada y amenazada de muerte, y valiéndose de su superioridad física, con ocasión también de quedarse a solas en el domicilio familiar, «al menos en dos ocasiones distintas la penetró vaginalmente». De modo que la cuestión planteada, además de improcedente, dado el relato de hechos, intangible, por otro lado, en razón al cauce casacional elegido por el recurrente, no tendría trascendencia penológica alguna, ya que debería ser condenado, al menos, por tres delitos continuados de agresión sexual, el primero por las dieciocho agresiones de que fue objeto Sofía, por la que se impondría la penalidad en la franja superior, y que dada la reprochabilidad de los hechos, no resultaría una pena inferior a la de diez años, otra agresión sexual única, contra dicha hija, con penetración vaginal, que se individualizaría, en el mejor de los casos, en la pena mínima de doce años de prisión, y otro delito continuado en la persona de Fátima, por el que habría de imponerse catorce años de prisión, lo que excedería ya de la limitación del artículo 76 que la Sala sentenciadora ha aplicado, razón por la cual procede desestimar también este segundo motivo casacional, y con él, el recurso de casación.

(Sentencia de 9 junio 2000)

Existe delito continuado aunque alguno de los delitos no estén consumados sino sólo tentados

Primero. (...) El delito continuado aparece con la concurrencia de los siguientes elementos: a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso.

b) Un único dolo que implica una única intención y por tanto unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente –dolo conjunto–, o que surja siempre que se dé la ocasión propia de llevarlo a cabo –dolo continuado–, ambas previstas legalmente en las expresiones «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión» del artículo 69 bis del anterior Código Penal, expresiones que se mantienen en el actual artículo 74 CP vigente.

c) Unidad de precepto penal violado, o al menos que sean preceptos semejantes, lo que exterioriza una unidad o semejanza de bien jurídico atacado.

d) Homogeneidad en el *modus operandi*.

e) Identidad en el sujeto infractor (véanse SSTs de 20 de marzo y 22 de diciembre de 1998, entre otras).

Es claro que en el caso presente la concurrencia de todos estos requisitos acreditan la continuidad delictiva, y que, por otro lado, no son cuestionados por el recurrente, quien, se limita a censurar la aplicación del artículo 74 CP porque sólo una de las conductas delictivas alcanzó la consumación en tanto que las otras dos no pasaron de la tentativa. Sin embargo, esta Sala viene declarando de manera reiterada y pacífica la existencia del delito continuado «cuando alguna de las conductas que en él se incluyen no hayan alcanzado la perfección de ejecución, y otras sí» (SSTS de 28 de abril de 1994 y de 14 de julio de 1999), siempre que entre estas conductas concurra la identidad de circunstancias que permiten relacionarlas entre sí como constitutivas de la continuidad delictiva a que hemos hecho anterior referencia, y ello es así porque en el caso de disgregar las distintas acciones en razón del diferente grado de ejecución, se haría de peor condición al reo de la pluralidad de esos delitos de desigual grado de ejecución que al que habiendo logrado consumir todas sus actividades criminales se le imputara, como continuado, un solo delito.

(Sentencia de 15 diciembre 2000)

ARTÍCULO 76

Principios que informan a la acumulación de condenas: nulidad del Auto por carecer de datos suficientes para que el TS pueda determinar si procede la acumulación

Segundo. Esta Sala, en esta cuestión de la acumulación de condenas, después de algunas vacilaciones derivadas de la complejidad del tema y de las distintas circunstancias de hecho que acompañan en cada caso al problema a resolver, sigue actualmente una línea que consideramos suficientemente clara al respecto.

Tanto el CP 1973 en la regla 2.^a del artículo 70, como el ahora vigente en su artículo 76, para delimitar los casos en que cabe aplicar los límites de penalidad cuando hay diferentes penas impuestas en distintos procesos, utiliza la siguiente expresión: «si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

La doctrina de esta Sala, en interpretación de tales normas, se viene manifestando en una doble dirección:

A) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular (*ratione materiae*), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los artículos 17 y 300 LECrim, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos pudieron haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma

época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no todos fueron enjuiciados en una misma causa, cabrá la acumulación de la totalidad de las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos fijados por las referidas normas sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión material expresamente exigida en nuestras normas penales.

B) En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno sólo» (*ratione temporis*). Cuando hay una Sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal Sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya había sido dictada esa Sentencia condenatoria. Esta Sala viene fundando esta limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna Sentencia condenatoria.

Tercero. En este caso, conforme a lo antes expuesto, tal y como se hizo en la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1999, tendrían que haberse realizado los grupos que hubieran sido necesarios para acumular entre sí aquellas condenas referidas a hechos de una misma época, entendiendo por época la que comprenda el período de tiempo de aquellos hechos que, por las fechas en que ocurrieron, habrían podido ser objeto del mismo procedimiento. Luego, respecto de las condenas relativas a hechos de la misma época, tendrían que haberse aplicado los límites del artículo 70.2 CP 1973 o del 76 CP vigente, quedando así, como total de la pena a cumplir, la suma de lo obtenido en cada grupo, aunque esa suma llegara a superar el límite de los treinta años del citado artículo 70.2 o el de los veinte, veinticinco o treinta del referido 76. Todo esto por aplicación de ese doble criterio expuesto en el fundamento de derecho anterior.

Cuarto. En el supuesto aquí examinado hay múltiples condenas, dieciséis según la relación que se hace en el escrito de recurso, y algunas más según la hoja de antecedentes penales remitida por el Ministerio de Justicia (habrá que precisar cuáles son las pendientes de cumplimiento).

No hay datos en el expediente tramitado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida para que ahora podamos resolver aquí, con la seguridad necesaria, si tiene o no razón el recurrente.

Con los datos expuestos en el escrito de recurso, relativos a las diferentes condenas, que tampoco son completos, algunos de los cuales hemos podido corroborar con los testimonios de algunas de las Sentencias que constan en el expediente, sólo podemos decir que aparece que en alguno de los grupos que habrían de hacerse conforme al criterio expuesto en el fundamento de derecho anterior habría de establecerse ese límite de quince años, triplo de la pena más grave, pero que-

dando aparte las penas de otras condenas o grupos de condenas, que habrían de sumarse a las de aquel otro para determinar el total de la privación de libertad a cumplir.

Así, parece que podrían agruparse en ese límite máximo de 15 años las más graves de las condenas impuestas a Fernando B. C., que se refieren a hechos ocurridos antes de finalizar el año 1993 que, por sus fechas y las de las Sentencias condenatorias, pudieron ser objeto de un mismo procedimiento, con la consecuencia de que todas las de ese grupo en cuanto excedan de ese límite de 15 años no habrían de cumplirse con el consiguiente beneficio para el reo.

Por tanto, según parece, pues no conocemos los datos completos, el recurrente tendría razón en parte de lo pedido en este recurso, porque no sería posible agrupar todas las condenas en esos pretendidos 15 años de prisión, que es lo que él solicita, pero sí las más importantes de ellas, quedando las demás, agrupadas o sin agrupar, separadas de ese grupo principal para ser sumadas a esos 15 años.

Quinto. Como se deduce de lo antes expuesto, carecemos de datos para resolver el recurso, porque el Auto recurrido es notoriamente incompleto y porque, además, en el expediente no se han cumplido los trámites que son precisos para que un procedimiento de estas características pueda considerarse debidamente instruido.

Este procedimiento se encuentra regulado en los últimos párrafos del artículo 988 LECrim, que fueron introducidos por la Ley 3/1967, de 8 de abril.

Conforme a lo dispuesto en tal artículo 988 y a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 11/1987, de 30 de enero, el Juzgado o Tribunal que ha de instruir y resolver estos expedientes habrá de observar las normas siguientes:

1.^a Es competente el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última Sentencia. Hay que aclarar aquí, por la importancia que tiene en el presente caso, que, conforme ha dicho esta Sala en Auto de 6 de febrero de 1998, esta regla de competencia ha de aplicarse aunque esa última Sentencia quede, en definitiva, excluida de la acumulación. El Juzgado o Tribunal que dictó la última Sentencia no puede excusarse de instruir y resolver el expediente con el pretexto de que la condena por él impuesta no se encuentre entre aquellas que en definitiva han de acumularse para señalar el límite legalmente establecido en esos artículos 70.2 CP 1973 y 76 CP vigente.

2.^a Estos expedientes de ejecución de Sentencia pueden iniciarse de oficio, a instancia del condenado o del Ministerio Fiscal. Como ha dicho la Sentencia del TC 11/1987, de 30 de enero, aunque el artículo 988 nada establece al respecto, el condenado ha de actuar con Abogado y Procurador para atender a las exigencias propias de los principios de contradicción, igualdad de armas y proscripción de indefensión. Estos procedimientos tienen a la postre tal importancia, que de ellos depende la determinación de la pena a cumplir. Ello obliga a exigir en su tramitación los mismos requisitos que en el proceso principal se precisan para la postulación procesal en favor del condenado.

3.^a Iniciado el procedimiento, el primer trámite ha de ser la reclamación al Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia de la correspondiente hoja relativa al condenado.

4.^a Conocidas así las condenas existentes, se pedirá testimonio de las correspondientes Sentencias al Juzgado o Tribunal que las dictó.

5.^a Unidos tales testimonios al expediente, se oír a las partes, es decir, al Mi-

nisterio Fiscal, al que expresamente se refiere el texto legal, y a la representación procesal del condenado (STC 11/1987, ya referida).

6.^a Oídas las partes, se dictará Auto en cuyos antecedentes de hecho se hará una completa relación de todas las Sentencias sobre las que versa la acumulación de penas, en la que habrán de expresarse, al menos, la fecha de los hechos y la relativa a cada una de las Sentencias, así como las penas impuestas. Los razonamientos jurídicos explicarán la aplicación, en su caso, de los límites de la regla 2.^a del artículo 70 CP anterior o del artículo 76 CP vigente. Luego en la parte dispositiva se determinará, si procede, el máximo de cumplimiento de pena que corresponda.

Pues bien, en el presente caso se han omitido las normas de los apartados 4.º, 5.º y 6.º antes relacionados:

En cuanto al apartado 4.º, no están en el expediente todas las condenas recogidas en la hoja de antecedentes recibidos del Registro Central del Ministerio de Justicia.

Respecto del 5.º, no se oyó a la representación procesal del condenado.

Y con relación al 6.º, el Auto aquí recurrido no hace la relación de las Sentencias condenatorias pendientes de cumplimiento, cada una de ellas con la fecha de los hechos, fecha de la Sentencia que se dictó tras la celebración del juicio oral, que es lo que impide la acumulación de otros procesos, y las penas impuestas. Relación que constituye la base necesaria para poder exponer, luego en los razonamientos jurídicos, las explicaciones oportunas respecto a la aplicación, o no aplicación, de esos límites de los artículos 70.2 CP 1973 o 76 CP actual.

No hay otra posibilidad, en el caso presente, que declarar nulo el Auto recurrido para que se reanude el trámite del procedimiento en la instancia, se subsanen los mencionados defectos procesales y pueda dictarse nueva resolución conforme a lo ordenado en el artículo 988 LECrim, tal y como en casos semejantes al presente ya se ha pronunciado esta Sala en Sentencias de 6-4-1995, 29-10-1996, 12-3-1997, 3-2-1998 y 27-11-1998, entre otras.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

La reinserción social y reeducación del reo son compatibles con la necesidad de que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso

Segundo. En el segundo motivo, articulado con el mismo amparo procesal que el anterior, se denuncia una violación del artículo 25.2 CE que se ha producido, a juicio del recurrente, al quedar frustrados, en virtud de la denegación de la acumulación pretendida, los fines de reeducación y reinserción social a que, según la norma constitucional invocada, deben tender las penas privativas de libertad. Tampoco este motivo puede encontrar una favorable acogida en esta Sala. La Jurisprudencia constitucional ha puntualizado –ATC 15/1984, doctrina reiterada en STC 28/1988– que el artículo 25.2 CE «no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos» y ha señalado asi-

mismo –ATC 780/1986– que dicha norma fundamental «no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad». Ha sido sobre la base de esta interpretación, y también a impulso de la convicción de la importancia que tiene el principio de política criminal contenido en el artículo 25.2 CE, como esta Sala ha elaborado la flexible jurisprudencia que ha quedado sumariamente expuesta en el fundamento jurídico anterior. Jurisprudencia en la que no se ha podido prescindir de la quiebra del valor de la justicia que supondría ofrecer al delincuente la posibilidad de seguir delinquiendo, ya impunemente, si la suma jurídica de las penas que anteriormente le hubiesen sido impuestas rebasase un determinado límite. Este indeseable resultado de la aplicación irrestricta del instituto de la acumulación se evita exigiendo al menos la concurrencia del que debe ser considerado mínimo requisito legal –art. 988 LECrim– exonerado por cierto de la referencia a la conexidad procesal e interpretado de acuerdo con el dato puramente cronológico ya mencionado: que «el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno sólo». De la necesaria orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y la reinserción social, que no es la única finalidad de dichas penas, no cabe en modo alguno deducir una suerte de derecho a la impunidad que estaría implícito en la posibilidad de que las penas que pudieran ser impuestas por futuros delitos se sumasen jurídicamente, dejando eventualmente de cumplirse a consecuencia de los límites inherentes a la acumulación, a las anteriormente impuestas por Sentencia firme. No ha sido infringido, pues, el artículo 25.2 CE en el Auto recurrido, lo que significa que también el segundo motivo del recurso debe ser repelido.

(Sentencia de 4 mayo 2000; criterio reiterado en Sentencias de 9 y 24 de mayo de 2000)

Es posible acumular condenas impuestas por Tribunales españoles con otras impuestas por tribunales extranjeros

Único. (...) 2. El Auto recurrido apoya la decisión desestimatoria de la refundición de las condenas en tres argumentos: a) No procede la refundición de condenas dictadas por autoridades judiciales de distintos Estados. b) Los delitos que dieron lugar a las condenas son de distinta naturaleza y no pueden ser enjuiciados conjuntamente. c) De acuerdo con el artículo 4 del Tratado Hispano-Tailandés cualquier petición destinada a revisar la Sentencia o reducir la pena impuesta debería ser resuelta por el Estado trasladante.

3. La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por Tribunales extranjeros con penas de Tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los artículos 70.2 CP 1973 ó 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso

real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un Tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los artículos 70 CP 1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a Sentencias nacionales como extranjeras.

4. La cuestión, sin embargo depende de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de Sentencias, que es también aplicable. El Tratado Hispano-Tailandés contiene dos normas que conciernen a este caso. El artículo 4, que reserva a la jurisdicción del Estado trasladante «decidir sobre cualquier petición destinada a revisar la Sentencia y pueda por tanto modificarla conmutando la pena o reduciéndola». El artículo 5, por su parte, establece que «la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluso en lo que afecta a (...) cuantas disposiciones afecten la reducción de la duración de la detención o de la pena privativa de la libertad por medio de la libertad condicional o de cualquier otro modo».

La misma Sección de la Audiencia Nacional que dictó el Auto ahora recurrido, es decir el de 7-10-1999, había considerado al dictar el Auto de 7-5-1997, en el que aplicó el artículo 76 CP a la pena impuesta por el Tribunal tailandés, que la cuestión de los límites de la pena privativa de la libertad estaba regida por el artículo 5 del Tratado. Sin embargo, sin expresar las razones del cambio, en el Auto recurrido entendió que la aplicación del artículo 70 CP 1973 ó 76 CP quedaba excluida por lo dispuesto en el artículo 4 del mismo Tratado. Esta Sala entiende que las disposiciones referentes a la limitación de la ejecución de las penas de los artículos mencionados son normas que regulan la reducción de la duración de la pena privativa de la libertad, en el sentido del artículo 5 del Tratado y que no implican una revisión de la Sentencia en el sentido del artículo 4 del mismo. En efecto, la Sentencia se mantiene en sus términos originales y la pena impuesta no es conmutada por otra, sino limitada según reglas previamente establecidas por el legislador para la ejecución.

5. Corresponde, por lo tanto, comprobar si los hechos que fueron objeto de las condenas cuya refundición se pretende pudieron ser juzgados en un mismo proceso, según los precedentes jurisprudenciales aquí aplicables. Los hechos enjuiciados por la Audiencia Nacional se cometieron en fecha anterior al 24-12-1985. El hecho que determinó la condena en Tailandia, por su parte, tuvo lugar el 2-4-1986. Del testimonio de la Sentencia de Apelación de Bangkok, que obra en la causa, no surge la fecha de la Sentencia de primera instancia, pero es evidente que ambos hechos hubieran podido ser enjuiciados en un mismo proceso. En este sentido se debe señalar que, una vez admitido que los artículos 70 CP 1973 y 76 CP son aplicables sin sujeción al ámbito territorial en el que se dictaron las condenas, carece de importancia si los Tribunales tailandeses hubieran tenido jurisdicción para juzgar los hechos por los que el recurrente resultó condenado por la Audiencia Nacional. En efecto, lo decisivo de la conexión temporal no es de naturaleza procesal, sino material. Lo que la norma quiere evitar es que se puedan refundir condenas, de tal manera que el condenado en un proceso pueda aprovechar las condenas anteriores para disminuir las penas de hechos que comete luego de una Sentencia condenatoria. A partir de estas consideraciones es claro que la dis-

tinta jurisdicción nacional de los Tribunales que han impuesto las condenas carece de relevancia. De cualquier manera, lo cierto es que, aunque no sea decisivo para la decisión, no se puede negar que según lo establecido en el artículo 23.4 LOPJ España hubiera tenido jurisdicción para enjuiciar el delito cometido en Tailandia.

(Sentencia de 27 junio 2000)

El límite de 30 años no es absoluto e incondicionado, debiendo también cumplirse para su aplicación el requisito de conexidad temporal

Primero. (...) El recurso de casación interpuesto contra el citado Auto de Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo de 24 de septiembre de 1998 tiene un único Motivo, formulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en él se denuncia la vulneración de los artículos 15 y 25 de la Constitución, que prohíben las penas o tratos inhumanos o degradantes y establecen que las penas de privación de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, respectivamente.

En él, con cita de la Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1995, se alega que cuando la suma de las penas impuestas rebasa el límite temporal de los 30 años, tal como ocurre en el presente caso, el cumplimiento de las condenas debe detenerse al alcanzar dicho límite, tal como acordó el mismo Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo en anterior Auto de 19 de mayo de 1997.

En materia de limitación del cumplimiento de las condenas, la doctrina más reciente de esta Sala interpreta la conexión a la que se refiere el artículo 70 del Código Penal anterior y el 76 del vigente desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de los artículos 17 y 300 de la Ley Procesal Penal, de tal forma que en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de las normas relativas a la imposición de limitaciones en orden al cumplimiento de las penas, la clase concreta de delito cometido no constituye obstáculo que impida su aplicación.

Pero en cambio se muestra estricta en cuanto a la exigencia de que los diferentes procesos en los que se impusieron las condenas a acumular «pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

Por ello cuando ya hay una Sentencia, los delitos cometidos con posterioridad a ella no pueden acumularse a los ya sentenciados, puesto que no habrían podido ser todos ellos objeto de un mismo proceso.

La Sala fundamenta esta limitación en el peligro que supondría como incentivo para la comisión de nuevos delitos el que un condenado, vistas las penas que ya se le han impuesto, supiera que podía cometer otro u otros delitos sin tener que cumplir las penas a ellos correspondientes al haber alcanzado previamente el límite legal.

Para evitar esa impunidad se excluyen la acumulación de las penas correspondientes a delitos anteriores con las impuestas por delitos posteriores a la fecha de la Sentencia (...). Es de resaltar que el límite de 30 años previsto en el artículo 70 del anterior Código Penal no tiene un carácter absoluto e incondicionado, ya que

también respecto a él debe cumplirse el requisito de conexidad temporal como forma de evitar la patente de impunidad antes aludida.

Sin que con ello los preceptos constitucionales invocados queden vulnerados, ya que es el legislador el que determina las penas aplicables, sin que los Jueces y Tribunales puedan, salvo casos extremos, fijar unos límites de cumplimiento distintos a los que la legislación positiva reconoce; legislación generosamente interpretada en la doctrina antes expuesta. Debiendo tenerse en cuenta además lo que sobre libertad condicional se establece en el artículo 90 del Código Penal.

(Sentencia de 29 junio 2000)

Diferencias entre acumulación jurídica (acumulación) y acumulación aritmética (refundición)

Único. 1. El único motivo de casación se formula al amparo del artículo 848 de la LECrim, por infracción del artículo 990 de la misma, del artículo 70.2 del CP 1973 sobre acumulación jurídica de penas, del artículo 193.2 y otros del Reglamento Penitenciario y del artículo 3.2 del Código Penal.

El recurso básicamente se funda en que «el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Lleida, objeto del presente recurso, está vulnerando la primacía que debe concederse al Principio de Unidad de Ejecución en virtud de lo preceptuado en el Reglamento Penitenciario».

A pesar del meritorio esfuerzo impugnativo el recurso no puede prosperar.

2. El Auto impugnado en este recurso de casación es el dictado por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Lérida el 5 de octubre de 1999 desestimatorio de un recurso de súplica interpuesto contra resolución anterior de 1 de septiembre de 1999. El Auto se refiere a dos cuestiones distintas. La primera es la acumulación jurídica de las condenas impuestas a una misma persona en distintos procesos por hechos que hubieran podido ser objeto de uno solo. La segunda es la acumulación aritmética penitenciaria a los efectos previstos en el artículo 193 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

3. Respecto a la acumulación jurídica regulada en el artículo 988 de la LECrim la jurisprudencia de esta Sala en los últimos años se ha ido matizando gradualmente, en un considerable y sostenido giro para flexibilizar, en favor del reo, y por razones humanitarias, los requisitos legalmente establecidos, como el de conexidad que más que como requisito impeditivo se configura como una posibilidad de extender el supuesto contemplado por el párrafo tercero del artículo 988 de la LECrim, por estimar 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 (Sentencia de 14-1-1999), lo que constituye exigencia insoslayable que no puede dejarse al albur de la mayor o menor celeridad de los procesos (Sentencia de 24-11-1998), ni mucho menos indefinidamente ilimitada en el tiempo para evitar un sentimiento de impunidad en el condenado contrario a los fines de prevención especial que tienen las penas (Sentencia de 28-9-1998). Así lo recuerda pertinentemente la resolución *a quo*.

En estos casos en los que se trata de fijar el límite de cumplimiento de las penas a los efectos del artículo 76.2 del CP (art. 70.2 del Código de 1973), el legis-

lador ha previsto el recurso de casación, en el citado párrafo tercero del artículo 988 de la LECrim, pero la competencia para conocer del previo incidente corresponde al «Juez o Tribunal que hubiera dictado la última Sentencia», lo que no sucede, precisamente, en el aquí cuestionado. En cualquier caso no se daba la «conexidad temporal» como razona el Auto impugnado.

Desde esta perspectiva el recurso ha de ser desestimado.

4. En cuanto a la acumulación aritmética penitenciaria el recurso era inadmisibile, en virtud de lo dispuesto en el artículo 884.2.º, por interponerse contra resoluciones distintas de las comprendidas en los artículos 847 y 848, todos de la LECrim.

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, en fase de ejecución sólo son recurribles en casación aquellas resoluciones que expresamente estén incluidas a estos efectos en un precepto legal, lo que no sucede con el supuesto ahora contemplado, a diferencia de los casos de acumulación jurídica del artículo 988 de la LECrim. No hay norma habilitante para viabilizar un recurso de casación en los casos, como aquí sucede, en que se trata de combatir la resolución que acordó el licenciamiento definitivo.

Se admitió el recurso por la actitud más respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por razones antiformalistas y por el principio *pro actione*, pero ahora la causa de inadmisión se convierte en desestimación. Desde esta segunda perspectiva el recurso tampoco puede prosperar.

(Sentencia de 19 julio 2000)

Son acumulables todas las condenas cuyos hechos pudieron haberse enjuiciado en un solo proceso atendiendo al momento de su comisión

Segundo. (...) La jurisprudencia de esta Sala ha venido pronunciándose reiteradamente sobre la cuestión aquí planteada en una línea de progresiva generosidad, de acuerdo con los principios constitucionales recogidos en los artículos 15 y 25.2 de la Constitución, según los cuales nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, al tiempo que se precisa que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mas al propio tiempo ha puesto de manifiesto que «el apoyo de criterios beneficiosos para el reo no puede nunca llevar a lo irracional, a lo ilógico o al absurdo», como ocurriría de llegarse a la impunidad de las conductas delictivas cometidas por reos que hubieran ya de cumplir, en razón de condenas anteriores, hasta el límite legalmente previsto para los supuestos de acumulación de condenas (...) (véase Sentencia de 4 de julio de 1997). De ahí que, prácticamente, se viene a exigir, como único requisito para la acumulación de las condenas, que los distintos hechos objeto de las mismas pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión, destacándose expresamente que «los límites del artículo 76.2 no pueden operar como una garantía de impunidad para el futuro, cuando se hayan agotado los límites máximos establecidos por la ley para la duración de las penas privativas de libertad» (véase Sentencia de 8 de febrero de 1999); pues sería realmente contrario a toda razón y ju-

rídicamente inaceptable que las personas condenadas a penas privativas de libertad con una duración de veinte años (bien por un solo delito o por acumulación de las impuestas por varios), una vez cumplidas, no pudieran cumplir las que pudieran serles impuestas por hechos posteriores, que es lo que, en definitiva, sucedería en el caso de autos de aceptarse la tesis de la parte recurrente, pues ello constituiría una auténtica patente de corso contraria a los más elementales principios del Derecho penal.

A este respecto, es oportuno recordar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la declaración contenida en el artículo 25.2 de la Constitución –al establecer que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social– no puede interpretarse en el sentido de que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, por cuanto existen otras igualmente legítimas, tales como la prevención, tanto la general como la especial (véase SSTC núms. 19/1988 y 150/1991, entre otras).

(Sentencia de 14 septiembre 2000)

No procede la acumulación de condena impuesta por hechos cometidos con posterioridad a la Sentencia que determina la acumulación, aunque dicha Sentencia no fuera firme en ese momento

Primeramente. (...) El motivo no puede prosperar. Ciertamente que esta Sala ha venido interpretando el criterio de la conexidad de una manera muy flexible y siempre en favor del reo, de suerte que prácticamente ha quedado reducido en un sentido de idea de proximidad temporal o criterio cronológico, cualquiera que fuese la naturaleza de los diversos hechos enjuiciados. Es decir, el único límite a la acumulación estriba en que todos los hechos hubieran podido enjuiciarse en único proceso, en consecuencia, y por lo que respecta al presente caso, es obvio que aquellos hechos cometidos con posterioridad a la Sentencia que determina la acumulación nunca pudieron ser objeto de enjuiciamiento conjunto. Se afirma por el recurrente que dicha Sentencia no era firme porque fue objeto de recurso de casación, y efectivamente al requisito de la primera se han referido algunas resoluciones de esta Sala –entre otras, la de 28 de septiembre 1998–, sin embargo en las más recientes ya se elimina el requisito de la firmeza porque nada añade al hecho básico de que los hechos sean posteriores a la última Sentencia que determina la acumulación, pues de un lado, es evidente la imposibilidad del enjuiciamiento conjunto, y de otro el argumento relativo a la evitación al sentimiento de impunidad tan contrario a la finalidad de prevención especial que pudiera darse si de forma sistemática se acumulasen las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la última Sentencia que determina la acumulación, quebraría de exigirse el requisito de la firmeza, al prolongarse indefinidamente en el tiempo la posibilidad de la acumulación hasta tanto recayese firmeza (SSTS de 29 de diciembre 1999 y 4 de febrero 2000).

En conclusión procede la desestimación del recurso.

(Sentencia de 2 octubre 2000)

Requisito de que todos los delitos pudieran enjuiciarse en un solo proceso: doctrina general

Segundo. La doctrina jurisprudencial interpretativa de la norma contenida en el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 70 del CP 1973, iniciada a raíz de la introducción del precepto por la Ley de 8 de abril de 1967, ponía en relación el mismo con los establecidos en el artículo 17 de la LECrim, sobre conexidad procesal, e imponía unas condiciones restrictivas para admitir la posibilidad de acumular penas privativas de libertad impuestas en distintos procesos, exigiendo la afinidad de naturaleza de los hechos delictivos y la proximidad en el tiempo de los mismos y de las Sentencias que pronunciaron las condenas. Tal doctrina aparece reflejada en las Sentencias de 28-6-1984, 16-12-1987, 6-10-1992 y 15-2-1996.

Una jurisprudencia recientemente consolidada, interpretativa de la Regla 2.ª del artículo 70 del CP 1973, y del artículo 76 del CP 1995, manifestada entre otras en las Sentencias de esta Sala de 30-5, 29-9 y 6-11-1992, 7-7-1993, 18-2, 8-3, 15 y 27-4, 3 y 23-5, 24-6, 20-10, 4-11 y 27-12-1994, 27-1, 21-3, 3-7, 17-10 y 3-11-1995, 15-2 y 18-7-1996, 19-5, 17-10 y 22-12-1997, 16-1, 27-2, 16-5 y 24-11-1998, se basa en los principios y orientaciones que a continuación se exponen:

a) Las reglas sobre acumulación deben interpretarse en relación a las normas constitucionales prohibitivas de penas inhumanas y degradantes (art. 15 de la CE), y que fijan como fines de las penas la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la CE), y en general, atendiendo el principio de favorecimiento al reo.

b) La conexidad exigida en los artículos 70 del CP y 988 de la LECrim es más que la objetiva, basada en la analogía y relación esencial entre los hechos delictivos a que se refiere la regla 5.ª del artículo 17 de la Ley Procesal Penal, la conexidad temporal, entendiéndose que sólo podrán acumularse las penas por hechos delictivos que hubiesen podido ser enjuiciados en un mismo proceso.

No cabrá por tanto refundición respecto de las condenas impuestas por hechos posteriores a otras Sentencias condenatorias.

c) El órgano judicial que ha de resolver sobre la refundición de las penas, que es el que dictó la última condena, según expresamente establece el artículo 988 de la LECrim en el caso de que no procediera acumular las penas de la última Sentencia a las otras, podrá acordar la refundición de las penas impuestas por los otros Tribunales o Juzgados, si en ellas concurrieron las condiciones legalmente exigidas.

d) No procederá la aplicación de los topes máximos penológicos —del triple de la pena mayor o de los treinta o los veinte años de prisión—, cuando tales límites supongan una penalidad superior a la que resulte de la suma de todas las penas impuestas.

El hecho de que alguna de las penas que se pretenden acumular ya estuviese cumplida cuando se solicita la acumulación no debe ser óbice para que pueda extenderse la refundición a dicha pena, si se cumplen los requisitos referentes a la conexidad temporal exigidos por la jurisprudencia. En relación a tal cuestión, ha de tenerse en cuanto la doctrina penitenciaria sobre unidad de ejecución de las penas, invocada por el recurrente, que propugna que el tratamiento penitenciario opere, no sobre las penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las impuestas. La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 24-4-1996 y 26-11-1998) ha restado importancia a efectos de la refundición de las penas al dato de la fecha de enjuiciamiento

de los hechos, por entender que la fijación del cumplimiento máximo de las penas impuestas a los penados no puede quedar al albur de la mayor o menor celeridad con que los diversos procedimientos se hayan tramitado y resuelto. Finalmente, esta Sala, en la Junta General de 8 de mayo de 1997, entendió que eran aplicables las normas establecidas en la Regla 2.ª del artículo 70 del CP 1973, y el 76 del CP 1995, en relación a penas ya cumplidas y respecto a los que el condenado haya ganado el licenciamiento.

(Sentencia de 18 octubre 2000)

ARTÍCULO 77

Requisitos del concurso medial

Cuarto. Por infracción de ley, por el cauce casacional autorizado por el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración del artículo 77, apartados 1 y 2, del vigente Código Penal, por inaplicación del mismo al no integrar dentro del concurso ideal de delitos que la Sala sentenciadora ha construido en función de la calificación de los hechos por el Ministerio Fiscal —y que en esta Sala no puede revisarse por no cuestionarse directamente por la defensa, y serle más beneficioso que el concurso real, que dogmáticamente sería más correcto— el delito de tenencia ilícita de armas. Alega el recurrente que del relato de los hechos declarados probados, se desprende que el arma que tenía en su poder el procesado constituyó en este caso concreto el medio necesario para cometer el resto de los delitos.

Como dice la Sentencia de esta Sala, de 19 de septiembre de 1996, la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito pero ofreciéndose uno de ellos como puente o medio necesario para la comisión de otro u otros, se perfila el concurso medial, también denominado instrumental o teleológico, al comprobarse una relación de medio a fin entre los delitos generados por las varias acciones; propiamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal. El artículo 77, con voluntad simplificadora y unitaria, hace referencia a sendas hipótesis. El tratamiento penal del concurso ideal ofrecido por el artículo 77 del Código Penal va desde la regla general presidida por el principio de imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, hasta la subsidiaria inclinada al principio de acumulación material, sancionar los delitos por separado, cuando la pena única agravada excede de la suma obtenida por aquellas susceptibles de imponerse en régimen de punición separada de las infracciones. La solución punitiva —resaltan las Sentencias de 3 mayo 1985 y 15 marzo 1988— no es la de la acumulación matemática, ni siquiera la de la acumulación jurídica que predomina en los artículos 75 y 76, sino la de la absorción de la pena o penas correspondientes al delito o delitos menos graves por aquella que la Ley señale a la infracción más grave, la cual se impondrá en su mitad superior, si bien esta regla

cede en favor de la acumulación, cuando de penarse separadamente los hechos punibles involucrados, este modo de sancionar sea más favorable para el reo o reos. La cuestión neurálgica que ha venido planteándose radica en precisar si la pena única según el artículo 77, y su excepción, con la sanción acumulada, deben ser precisadas en abstracto, en atención a lo que resulte del examen de los distintos tipos, o en concreto, atendiendo a cada delito en función de las circunstancias coexistentes y, en particular a las representadas por los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad. Tesis esta última que ha merecido el decidido acogimiento jurisprudencial, ofreciéndose altamente significativa al respecto la Sentencia de 1 julio 1975, con cita de otras anteriores, tales las de 23 enero 1959, 22 septiembre 1962, 16 mayo 1963, y Sentencias 15 marzo 1988, 12 noviembre 1991 y 22 mayo 1993.

El concurso medial que se contempla, parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el Texto Legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa (cfr. Sentencias 25 mayo 1990 y 15 abril y 7 julio 1992). El «medio necesario» a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal —expone la Sentencia de 9 febrero 1990— no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual.

En aplicación de esta doctrina, resulta evidente que el delito de tenencia ilícita de armas no está en relación de necesaria concurrencia con los demás delitos enjuiciados en esta causa, porque todos ellos pueden ser objetivamente cometidos sin utilizar un arma de fuego con cañones recortados, de tal forma que sin llegar a la exasperación interpretativa de la imprescindible concurrencia de medio a fin, lo necesario se perfila como medio objetivamente preciso para el delito final. En esta línea interpretativa, el delito de tenencia ilícita de armas, no puede decirse que esté en relación medial necesaria respecto al homicidio, ni al robo, y mucho menos al allanamiento de morada. Procede, pues, desestimar el motivo.

(Sentencia de 12 julio 2000)

ARTÍCULO 88

Formas de sustitución de penas de prisión por arrestos de fin de semana

Cuarto. (...) Ha quedado sin contenido por la estimación de los dos motivos primeros, pero conviene decir que también son acertadas las razones expuestas por el Ministerio Fiscal en este motivo, pues, aunque no se razona en la Sentencia recurrida, parece claro que, para determinar el número de arrestos de fin de semana que corresponden a esos cinco meses de prisión, han de calcularse reduciéndolos a días ($5 \times 30 = 150$ días) y dividiendo luego por siete, con lo que alcanzamos el número de veintiuna semanas con un resto de tres días que habrían de excluirse en beneficio del reo. Lo que multiplicado por dos, como ordena el artículo 88, nos sitúa en cuarenta y dos (42) arrestos de fin de semana, y no en cuarenta (40) como impuso la Sentencia recurrida.

En el caso presente, al ser superior a seis meses de prisión la pena que aquí se impone, ya no es forzosa la sustitución conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2. Ha de quedar para ejecución de Sentencia, si llegara a plantearse la cuestión, la posibilidad de sustituir esa pena conforme a lo permitido en el mencionado artículo 88, al ser la ahora impuesta inferior a un año.

(Sentencia de 20 septiembre 2000)

ARTÍCULO 101.1

Apreciada una eximente de anomalía o alteración psíquica procede la imposición de una medida de seguridad, no pudiendo además imponerse una pena de prisión

Primero. En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, de los artículos 20.1 y 101.1 del Código Penal.

Se dicen infringidos los citados preceptos del Código Penal ya que al acusado, no obstante haber sido declarado exento de responsabilidad criminal, se le condena como autor de dos delitos consumados de homicidio y un delito de homicidio en grado de tentativa, a dos penas de diez años de prisión y a una pena de dos años y medio de prisión y se solicita la absolución sin perjuicio de la aplicación de las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 101.1 del vigente Código Penal.

Ciertamente, en el tercero de los fundamentos jurídicos de la Sentencia de instancia se dice que en la ejecución de los delitos de homicidio ha concurrido la eximente completa prevista en el número 1.º del artículo 20 del Código Penal al tener el procesado sus facultades mentales anuladas y no comprender el alcance de sus actos, al padecer un trastorno paranoide de la personalidad con ideas delirantes de tipo celotípico.

Esta Sala no puede entrar en el acierto o desacierto del Tribunal sentenciador en la apreciación de dicha eximente completa, cuya aplicación no ha sido cuestionada.

El recurrente ha sido autor de varios ilícitos penales, al haber realizado conductas cuya tipicidad, objetiva y subjetiva viene afirmada en la Sentencia de instancia y no estar amparado en ninguna causa de justificación (antijuridicidad), sin embargo, para que concorra la responsabilidad se hace preciso que sea además culpable, es decir, que el delito le sea atribuido por tener el sujeto, en el momento de su comisión, capacidad de culpabilidad, y por lo antes expuesto, esa necesaria capacidad de culpabilidad para poderle exigir responsabilidad no concurre al haberse apreciado una causa de exención de la responsabilidad por alteración psíquica.

En estos casos, conforme se dispone en el artículo 101.1 del Código Penal, se le podrá aplicar, como ha hecho el Tribunal sentenciador, una medida de internamiento en establecimiento adecuado que no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable.

Están previstas, pues, la imposición de medidas de seguridad a sujetos que han realizado un hecho típico y antijurídico, aunque no sea declarado culpable. Y las medidas de seguridad, como establece el artículo 101.1 ya citado y conforme se dispone en el artículo 6.2 del Código Penal, no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Y el artículo 96.2 del Código Penal incluye entre las medidas privativas de libertad el internamiento en centro psiquiátrico.

El artículo 108.1 del Código Penal dispone que la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil, siendo correcto el pronunciamiento que sobre la responsabilidad civil se hace en la Sentencia de instancia.

Lo que no puede el Tribunal sentenciador, cuando ha apreciado una eximente completa por alteración psíquica, es condenar al acusado a pena de prisión. Debió declararle exento de responsabilidad penal, no imponer pena alguna y proceder directamente a la imposición de las medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico y de la privación de la licencia o permiso de armas, como acordó finalmente en la parte dispositiva de su Sentencia, así como el comiso del arma y la munición ocupada.

(Sentencia de 3 abril 2000)

ARTÍCULO 120.3

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por muerte de interno de un Centro Penitenciario al que mata otro recluso

Segundo. 1. Exigencias dogmáticas y de método obligan a recordar sucintamente el amplio y consolidado cuerpo de doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por hechos cometidos en aquellos establecimientos, como los penitenciarios, que están sometidos a su control, gobierno y custodia.

2. La Sentencia de esta Sala 20 de abril 1996, resume con precisión los elementos determinantes de la responsabilidad civil subsidiaria configurada en el artículo 21 del CP 1973. Son los siguientes: «a) Que se haya cometido un delito o falta. b) Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad. c) Que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual. d) Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria» (F. 1.º).

Esta Sentencia y la de 13 de diciembre 1995 son las dos últimas dictadas sobre esta específica materia de delitos cometidos por un interno contra otro en establecimientos penitenciarios. Ambas se dictaron en tiempo de *vacatio legis* del nuevo Código Penal y las dos desestimaron el recurso de la Abogacía del Estado interpuesto, respectivamente, contra Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería y Vitoria, que condenaron al Estado como responsable civil subsidiario.

El fundamento de esa responsabilidad es claro: «... La responsabilidad civil del Estado debe analizarse considerando la que le incumbe en un centro administrado y custodiado por funcionarios públicos, en el que viven temporalmente privados de libertad, un cierto número de personas con el riesgo de conflicto derivado de obvias razones psicológicas (...) esa responsabilidad (...) alcanza *ex* artículo 76.5.º del Reglamento Penitenciario, que los funcionarios sin duda conocen, hasta cualquier indicio o sospecha de perturbación de la vida normal del establecimiento (...) Hay, pues, responsabilidad del Estado en el insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los reclusos así como la integridad física de las personas encomendadas a su custodia. Consecuentemente, debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el resarcimiento pecuniario».

Subraya esta Sentencia en el fundamento quinto que en el caso concreto –homicidio de un recluso por otro, como el que está en el origen de este recurso– las infracciones reglamentarias del ordenamiento penitenciario «fueron condicionantes y favorecedoras del atentado criminal perpetrado en el centro penitenciario», para concluir afirmando que «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado goza de una incuestionable base lógica y legal».

Tercero. 1. El artículo 120 del Código Penal de 1995 establece distintos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, incluyendo en el número 3.º la clásica de los titulares de establecimientos, manteniendo con mejor redacción y técnica la estructura esencial del derogado artículo 21 siempre que, como antes se dijo, se hayan producido infracciones reglamentarias por los directores o administradores de los mismos o por sus dependientes o empleados, en relación de causalidad con la comisión de la infracción penal, que es, en definitiva, lo sostenido por el Tribunal del Jurado en su fundada Sentencia.

La citada Sentencia de 20 de abril 1996, declaró en el fundamento primero: «El nuevo Código Penal en el artículo 120.3.º, extiende la responsabilidad civil subsidiaria a las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se trata de aplicar anticipadamente el precepto legal mencionado sino de poner de relieve que la interpretación jurisprudencial ha recibido, en cierto modo, el respaldo del nuevo Texto Legal. La titularidad de los establecimientos a los que se refiere el actual artículo 21 del Código Penal, puede corresponder innegablemente a las personas jurídicas, que tanto pueden ser de índole privada como de naturaleza pública, figurando entre estas últimas el Estado en sus diversos organismos, como titular indiscutible de los establecimientos penitenciarios».

Vigente ya el CP 1995, por hechos posteriores a su entrada en vigor y en un supuesto en que se había sometido a la censura casacional la aplicación indebida del artículo 120.3.º, la Sentencia de 10 de octubre 1998, declaró en el fundamento quinto que dicho precepto «es equivalente al anterior artículo 21» (aunque en aquel caso la empresa declarada responsable civil subsidiaria era de titularidad privada).

2.—El artículo 121 del CP, aunque tiene sus antecedentes en Códigos anteriores, los más próximos en los artículos 21 y 22 del CP 1973, es de nueva creación y establece una triple condición para que el Estado, ahora mencionado por primera vez *expressis verbis*, y los demás entes públicos, respondan subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos dolosos o culposos. Esas condiciones son: a) vínculo personal del autor con la Administración, pues han de ser autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos; b) que hayan actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones, esto es, de su competencia funcional; y c) que la lesión o daño producido lo haya sido como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, que le estuvieran confiados al autor. El triple requisito —además de la exigencia procesal del ejercicio simultáneo de la pretensión tan lógica como obvia— se basa en la idea rectora de que el autor del hecho punible esté funcionalmente vinculado con el Estado (o con otro ente de derecho público) para que la acción civil pueda ejercitarse en el proceso penal. Si no es así la pretensión hay que ejercitarla en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. Llegados a este punto sólo resta preguntarse si el Estado puede ser responsable civil subsidiario sólo por el artículo 121 o también por el artículo 120.3 como sostienen los recurrentes. La respuesta ha de ser afirmativa.

Los artículos 120.3.º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el artículo 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el artículo 120.3.º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete.

Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Cuarto. 1. Con el fin de unificar criterios, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 de la LOPJ, el Pleno de esta Sala aprobó el pasado 28 de mayo el siguiente texto:

«El artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3.º del Código Penal».

Estos acuerdos plenarios no son jurisdiccionales ni crean jurisprudencia pero constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios interpretativos se van convirtiendo, sucesivamente, en doctrina jurisprudencial.

2. En el caso aquí debatido es evidente que el artículo 121 del CP no es de aplicación porque el homicida no era agente de la Administración Penitenciaria, sino que, por el contrario, su vínculo con ella, como el de su víctima, era de sujeción especial (SSTC 120/1990 y 57/1994) y convertía a los funcionarios competentes para la organización de la seguridad en la cárcel en garantes de la vida y de la integridad corporal de los internos pues así lo establece el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de modo que si los controles de seguridad no detectaron el arma con la que un interno mató a otro, los encargados de realizarlos incurrieron en una omisión culposa que influyó causalmente en la producción del resultado, caracterización esencial del artículo 120.3.º que es, por ello, aplicable a la cuestión discutida al concurrir, además, todos los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo, invariablemente respecto al derogado artículo 21 del CP de 1973 como se recordaron *supra* en el fundamento tercero.

3. Esta interpretación es acomodada a los principios constitucionales de justicia e igualdad y sensible con la víctima, a la que evita el llamado peregrinaje de jurisdicciones, y con las crecientes exigencias de la victimología actual; es acorde con nuestro sistema tradicional, elogiado por la doctrina española y extranjera, de ejercicio conjunto de la acción penal y de la civil, que en el Ministerio Fiscal se erige en deber institucional (art. 108 de la LECrim) y constituye una «característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1 CE (...) que beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esa actuación tuitiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 CE y, con ella, la justicia» (STC 98/1993, de 22 de marzo).

A pesar de las razones en que ha fundado su interpretación el TSJ de Madrid, en su bien estructurada Sentencia, el recurso interpuesto contra la misma ha de ser estimado declarando en este caso la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

(Sentencia de 28 junio 2000)

ARTÍCULO 120.4

Responsabilidad civil subsidiaria de empresa de seguridad por robos cometidos por vigilante jurado empleado de la misma en zona que debía vigilar y en horario de trabajo

Tercero. En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 22 del Código Penal de 1973.

El artículo 22 del derogado Código Penal de 1973 establece la responsabilidad civil subsidiaria de entidades, organismos y empresas por delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus funciones u obligaciones. La condición para que se pueda establecer la responsabilidad civil subsidiaria es que los sujetos activos del hecho delictivo, actúen y se desenvuelvan en su condición de empleados de una entidad mercantil o funcionarios de una entidad pública, es decir, que entre el infractor y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción penal se halla bajo la dependencia (onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica) de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario. Y se requiere, asimismo, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuaciones.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 16 de septiembre de 1992, que la mayor o menor extensión de la responsabilidad civil subsidiaria estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios en virtud de los cuales responden civilmente de un hecho delictivo personas o entidades extrañas a su realización, en caso de insolvencia del sujeto directamente responsable. La doctrina y jurisprudencia, en una primera orientación, encontraron dicho fundamento, afirmando que el maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, debe conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargarles otro servicio de aquella o aquel que sepan y puedan desempeñar. Y que los deberes que nacen de la convivencia social exigen la vigilancia de las personas o cosas que les están subordinadas. A la culpa *in operando* del servidor o dependiente se sumaba la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal. Sin embargo, en cuanto el artículo 22 descansa sobre supuestos marcadamente objetivos en los que la culpa se presume *iuris et de iure*, la jurisprudencia de esta Sala se inclinó, desde hace años, por una configuración cada vez más objetiva, que encontró su fundamentación jurídica en el principio *cuius commoda eius incommoda*: si el servicio se ejercita en beneficio de los amos, es lógico que también les afecten los perjuicios inherentes al mismo. Más moderna es la concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a las empresas la asunción de los daños que para terceros supone su actividad. Esta evolución, como se destaca en la STS de esta Sala de 12 marzo de 1992, ha sido realmente aperturista y progresiva en la interpretación del referido precepto con el fin de evi-

tar a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables. Y esta interpretación «extensiva» del artículo 22 del Código Penal es perfectamente permisible, para el logro de los fines antes apuntados, ya que su articulación dentro de dicho texto penal no le hace perder su carácter civil. Este criterio extensivo, social y progresivo, acorde con la prescripción del artículo 3.1.º CC, en la aplicación del artículo 22 CP, no implica que se pueda prescindir de la literalidad del precepto, ni que pueda establecerse una responsabilidad civil subsidiaria sin base legal.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto objeto de este recurso, puede afirmarse sin duda esa nota de dependencia o servicio, en los términos antes señalados, en la persona del acusado respecto a la entidad Seguridad Técnica 2002, S.L. a la que prestaba sus servicios, perteneciendo a la plantilla de dicha empresa, y ello se recoge expresamente en los hechos que se declaran probados, como igualmente se dice que en el tiempo en el que se produjeron las sustracciones el acusado prestaba servicio, como vigilante de seguridad, en la misma Urbanización donde acaecieron. Y es más, como se señala en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de instancia, aprovechaba el horario laboral asignado para realizar sus funciones de vigilancia en la Urbanización para apoderarse de efectos del interior de los chalés.

Así las cosas, resulta bien patente no sólo la dependencia y el vínculo laboral que le unía a la entidad que ha sido declarada responsable civil subsidiaria sino que igualmente se constata que los delitos que generan la responsabilidad civil subsidiaria se realizaron cuando estaba en el desempeño de las funciones de seguridad que le habían sido encomendadas.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

ARTÍCULO 121

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por muerte ocasionada por policía fuera de servicio con arma reglamentaria

Tercero. El tercer motivo casacional plantea una cuestión estrictamente sustantiva, por la vía casacional del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referente a la infracción de la norma penal constituida por el artículo 121 del Código Penal, por cuanto se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, siendo así que el policía condenado por asesinato no se encontraba en el ejercicio de sus funciones cuando cometió el hecho criminal, impidiendo, en consecuencia, la condena a la Administración del Estado. Aunque es cierto que el acusado —que ostenta la condición de funcionario policial—, se encontraba fuera de servicio, del que había salido a las 21.30 horas del día anterior, produciéndose los hechos enjuiciados a las seis de la madrugada siguiente, y desde entonces hasta dicho momento había estado bebiendo una numerosa cantidad de «cubalibres» en diversos bares de la zona, también lo es, y así lo refleja el *factum*, incólume en esta

vía casacional, que «consumía habitualmente una elevada cantidad de bebidas alcohólicas». La responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado utilizando abusivamente su arma de fuego reglamentaria, se deriva de la creación del riesgo que la organización del Servicio de Seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva, constitutiva de delito o falta (Sentencias entre otras, de 17 julio 1995 y 8 mayo 1996). Cuando el agente causante del daño actúa reiteradamente bajo los efectos del alcohol, entran en juego la responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pues precisamente el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma de fuego reglamentaria, que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con el deber de intervención permanente que les impone el artículo 5.4.º de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones para utilizarla cuidadosamente (Sentencias de 17 julio 1995, 28 octubre 1996 y 2 octubre 1997, entre otras).

Abundando en lo anterior, esta Sala ha declarado (Sentencia de 17 julio 1995) que cuando el artículo 5.4 de la LOPJ 2/1986, de 13 marzo, dispone que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, al mismo tiempo que se establece una razonable medida en beneficio de la sociedad en su conjunto, también se genera un riesgo potencial para ciudadanos individuales por el —no deseado pero posible— abuso de las armas que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con este deber de intervención permanente. En consecuencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se funda en el principio de la creación del riesgo, riesgo derivado directamente de la forma de organizar el servicio de seguridad pública, a través de la fórmula de disponibilidad permanente. En efecto portar el arma no estando de servicio, tanto en la vía pública como en toda clase de establecimientos públicos, incluidos los de esparcimiento y diversión, puede ser, y de hecho es, una medida beneficiosa desde la perspectiva de la permanente disponibilidad de los agentes para intervenir en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, evitando en su caso la consumación de hechos delictivos, así como desde la perspectiva, también relevante, de la autoprotección de los agentes, siempre potencial objetivo de un atentado o agresión, pero al mismo tiempo el portar armas de fuego en lugares públicos, en momentos que pueden ser también de esparcimiento o diversión para el agente puede —y la experiencia lamentablemente así lo demuestra— dar lugar a su utilización innecesaria o abusiva, con daño para ciudadanos inocentes, debiendo responder subsidiariamente de la reparación de dichos daños, el Estado o Entidad Pública que organiza el servicio de seguridad, selecciona y forma a sus agentes y les dota del armamento correspondiente. Sólo una esmerada formación puede disminuir —que no eliminar totalmente— el riesgo insito en el uso de armas que la sociedad pone en manos de los agentes que la defienden, y en consecuencia si lamentablemente se produce un luctuoso resultado por el mal uso del arma portada fuera del domicilio, corresponde a la Administración responder civilmente del daño causado, en defecto del criminalmente responsable. En definitiva, la responsabilidad civil subsi-

diaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por el mal uso del arma reglamentaria fuera de su domicilio se deriva de que aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio el riesgo derivado del hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad –como se ha expresado– pero que entraña este tipo de riesgos (Sentencia de 8 de mayo de 1996).

De acuerdo con esta consolidada doctrina, no queda sino añadir que la Sentencia de esta Sala –citada por la resolución recurrida–, de 28 de octubre de 1996, analizando un caso de similares contornos fácticos, mantiene que las condiciones físicas y psíquicas en que manifiestamente se encontraba el acusado en la época inmediatamente anterior a la comisión del asesinato (en las que, como aquí se ha declarado probado, se constata un abuso reiterado del alcohol), le constituían en un grave riesgo potencial para los ciudadanos, por lo que al continuar en la posesión y utilización de su arma de fuego reglamentaria, puede estimarse que el daño producido constituye una concreción del riesgo generado por el sistema de organización de la seguridad pública que, cuando no puede detectar con la suficiente eficacia el momento en que las armas entregadas a los agentes dejan de constituir un instrumento de protección ciudadana para constituir un peligro en manos de quien no está en las debidas condiciones para su utilización cuidadosa, debe responder civilmente del daño causado. En el caso enjuiciado en estos autos, el policía acusado es evidente que por su declarado probado consumo reiterado de alcohol no estaba en condiciones de portar armas, por el peligro potencial que su uso reporta para la sociedad, advirtiéndose una clara *culpa in vigilando* que por parte de sus superiores origina la responsabilidad subsidiaria del Estado, por vía del artículo 121 del Código Penal, que fue entonces correctamente declarada por la Sala de instancia. La Sentencia de 13 de febrero de 1998 se expresa señalando que si bien los hechos que se imputan al acusado no se realizaron dentro del propio y estricto círculo funcional, resulta indudable que «el que se permitiera por sus superiores que siguiera poseyendo el arma reglamentaria (...) entrañaba un serio riesgo de que hiciera un mal uso de ese arma, como así sucedió». El principio de creación de riesgo que ha sido acogido por esta Sala para fundamentar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado es perfectamente predicable del supuesto que examinamos. El Estado dota de armas a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y debe establecer los controles y exámenes pertinentes para asegurar que esos funcionarios estén en las debidas condiciones psíquicas para su porte y utilización, debiendo responder, con carácter de responsable civil subsidiario, de los hechos criminales producidos con el uso de tales armas, cuando el funcionario no está, como sucede en este caso, en condiciones para realizar un buen uso de la pistola que tiene adjudicada. La Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1997 se refiere igualmente a un caso de importante ingesta alcohólica, por lo que debió ser sometido a vigilancia y control por la Administración, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Por todo lo cual procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

(Sentencia de 29 marzo 2000)

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por homicidio en Centro penitenciario: daños morales

Segundo. También este recurso se limita a la formalización de un motivo único, fundamentado en la vulneración del artículo 110 CP. Estima la recurrente que la fijación de la indemnización de 2.000.000 de ptas. es muy inferior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, que solicitó 10.000.000 de ptas., y por la propia Acusación Particular, que requiere el doble que el Ministerio Fiscal. La recurrente considera que el Tribunal *a quo* se contradice, pues por un lado sostiene la existencia de un desarraigo del acusado respecto de su familia y, por otro, que el mismo vivía con su hermana. Asimismo sostiene que no se ha tenido en cuenta el dolor que el fallecimiento ha producido a dicha hermana.

El motivo debe ser desestimado.

La Audiencia tuvo en cuenta como factores para determinar la cuantía de la indemnización los siguientes: *a)* sólo consta que reclama la indemnización una hermana con la que el acusado convivía; *b)* el occiso estaba «casi siempre en prisión»; *c)* el mismo carecía de oficio y de «modo de vivir». Estos factores son correctos: la hermana no podía vivir de la ayuda que le prestara el acusado, pues éste ni estando privado de su libertad, ni estando en libertad, tenía posibilidad de hacerlo. Incluso si hubiera cumplido su condena, no hubiera tenido, muy probablemente, de qué vivir. Por lo tanto, desde el punto de vista del lucro cesante, nada cabe objetar a los factores en los que apoyó la Audiencia su decisión.

Cierto es que la Audiencia no ha considerado expresamente el daño moral, es decir, el dolor producido por la muerte de la víctima. Sin embargo, al hacer referencia al largo tiempo de separación que es producto de la situación carcelaria prolongada del fallecido, ha tenido en cuenta, sin que exista prueba en contrario, que una separación extendida en el tiempo, sin más, no puede fundamentar un dolor extremo cuando, como en este caso, tampoco se ha demostrado por la acusación particular una vinculación afectiva muy especial.

El razonamiento de la Audiencia, por lo tanto, parte de criterios adecuados para decidir sobre la cuantía. Por otra parte, la cantidad fijada no es manifiestamente arbitraria.

C.—Recurso del Abogado del Estado.

Tercero. El representante de la Administración impugna la indemnización civil fijada en la Sentencia y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, por considerar que se ha infringido el artículo 104 CP 1973 en relación con el 21 del mismo texto legal. Básicamente sostiene el Abogado del Estado que no existe prueba del perjuicio civil causado por el delito, dado que el fallecido «carecía de medios económicos». Asimismo la Administración entiende que en casos como éste no es aplicable el artículo 21 CP 1973, pues se requiere para ello que la infracción sea imputable al Estado. Agrega, finalmente, que no se debe confundir «la responsabilidad derivada del delito» (...) «con la que pudiera derivarse del funcionamiento anormal de los servicios públicos que ha de reclamarse ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo según declara el artículo 121 CP vigente.

El recurso debe ser desestimado.

La imputación del hecho a una irregularidad, básicamente omisiva, de la Administración no puede ser discutida, toda vez que el mantenimiento del orden en

un establecimiento penitenciario es una función específica del Estado y no se puede considerar que tal función haya sido cumplida si en una cárcel hay reclusos que disponen de armas.

Sin perjuicio de ello, la carencia de medios del fallecido no era total, pues no carecía de una capacidad de obtención de medios por medios lícitos que hubiera podido, al menos hipotéticamente, generar medios económicos.

Por lo demás, es evidente que la indemnización se ha reducido sensiblemente respecto de lo solicitado por la Acusación Particular y el Ministerio Fiscal, pues se ha ponderado ante todo el daño moral, que –como es obvio– no depende de los medios económicos.

Finalmente, se debe considerar el argumento del Abogado del Estado respecto de cuáles son los tribunales competentes para decidir esta cuestión. El Pleno de la Sala de lo Penal ha decidido el 28-5-2000 que el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3.º CP. La razón de esta interpretación es clara: el régimen de responsabilidad civil directa y subsidiaria por el delito contenido en el Código Penal no es sino un desarrollo específico de los principios de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y ss. del Código Civil. Consiguientemente, el artículo 121 CP no altera los fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sino que determina que, en ciertos casos, ésta debe ser exigida ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

De acuerdo con la decisión del pleno de la Sala, entonces, es evidente que en el presente caso hubo infracciones reglamentarias, pues de lo contrario el acusado no hubiera podido tener en su poder el arma con la que produjo la muerte. Esta infracción reglamentaria, por otra parte, es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos encomendados a los funcionarios de prisiones, que en el presente caso han omitido controlar eficazmente, como les corresponde por su posición de garante frente a la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 LOGP), que éstos no tengan armas en su poder. Por lo tanto, los tribunales competentes para decidir sobre la responsabilidad subsidiaria del Estado son los del orden jurisdiccional penal, pues se cumplen los requisitos del artículo 121 CP.

(Sentencia de 10 julio 2000)

ARTÍCULO 122

Receptación civil: participación lucrativa en los efectos del delito (esposa del acusado en cuya cuenta se depositó el dinero apropiado por su marido)

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 108 del Código Penal de 1973.

Se argumenta que a la esposa del recurrente Carmen G. G. no se le puede aplicar el artículo 108 del Código Penal en cuanto no ha participado lucrativamente de los efectos del delito y por ello no puede ser obligada al resarcimiento.

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias de 21 de enero de 1993 y 15 de diciembre de 1995 que el artículo 108 del Código Penal de 1973 recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil. Los requisitos necesarios para su apreciación (SSTS de 12 diciembre 1977 y 9 diciembre 1978) son: 1.º que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2.º el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptationis* en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3.º la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS de 5 diciembre 1980).

Se trata, pues, de los denominados supuestos de receptación civil en los que la obligación de resarcimiento se deriva del principio de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, en perjuicio de la víctima de un hecho delictivo.

En el caso que examinamos la recurrente, esposa del acusado, se benefició indebidamente de sumas de dinero que fueron ingresadas en su cuenta corriente, sin que hubiera tenido intervención alguna en el delito cometido por su esposo, en cuantía que se determinará en ejecución de Sentencia, y como bien se razona por el Tribunal de instancia, concurren cuantos presupuestos se exigen para la aplicación del artículo 108 del Código Penal de 1973.

(Sentencia de 30 marzo 2000)

ARTÍCULO 131.1

Naturaleza y fundamento de la prescripción. No existe prescripción por no haber transcurrido el plazo necesario entre el Auto de procesamiento (inicio de prescripción) y el momento en que se recibió declaración al acusado al ser entregado a las autoridades españolas, en el que se interrumpía la misma

Segundo. Procede en primer lugar pasar al estudio de la alegación del recurrente relativa a la prescripción del delito, dada su naturaleza de orden público que por suponer el olvido del delito por el transcurso del tiempo previsto en la Ley, es

causa de extinción de la responsabilidad penal que puede plantearse incluso de oficio y en cualquier momento al quedar afectada la antijuridicidad de la acción concernida en virtud de una dejación o renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* fundado tanto en la falta de pena por el transcurso del tiempo –fundamento material–, como por las dificultades de pruebas derivadas directamente de dicho lapso de tiempo –fundamento procesal–, a lo que debe añadirse su justificación constitucional desde los principios de seguridad jurídica como reconocen numerosas Sentencias de esta Sala.

Desde la naturaleza sustantiva o material de la prescripción –SSTS de 10 de febrero de 1989, 13 de junio y 12 de diciembre de 1990, 18 de junio de 1992, 7 de julio y 10 de noviembre de 1993 y 22 de septiembre de 1995, entre otras–, sin perjuicio de reconocer otra línea jurisprudencial que le asigna una doble naturaleza procesal y sustantiva –STS de 25 de enero de 1994–, es lo cierto que puede ser planteada esta cuestión en cualquier fase del procedimiento, incluido en el recurso de casación, por lo que debe declararse expresamente la oportunidad de su planteamiento al no estar sujeta a principio preclusivo alguno.

Aclarado lo anterior, pasamos a estudiar la tesis del recurrente.

La afirmación de estar prescrito el delito por el que ha sido condenado tiene su justificación en el tiempo transcurrido desde el Auto de procesamiento de 30 de junio de 1988 hasta el Auto de reapertura de las diligencias, tras su entrega por las autoridades mexicanas, el 6 de julio de 1998.

Un más detenido estudio de toda la cronología relevante a los fines expresados permite referenciar las siguientes fechas:

a) Por Auto de 30 de junio de 1988 se declararon procesados en la causa de la que dimana el presente rollo de casación José Antonio L. R., Ignacio Miguel A. B. e Ignacio U. C., encontrándose los dos últimos, y por tanto el recurrente, en paradero desconocido llamándoseles por requisitorias.

b) Por Auto de 18 de julio de 1988 se declaró en rebeldía a Ignacio U. C. y a Ignacio Miguel A. B.

c) Después de diversas incidencias ajenas a los efectos de la prescripción que se alega, la Audiencia Nacional el 14 de junio de 1994 dicta Sentencia para José Antonio L. R. e Ignacio U. C., condenatoria para el primero y absolutoria para el segundo. Sentencia que adquiere firmeza el 24 de noviembre de 1994.

d) En relación al ahora recurrente Ignacio Miguel A. B. fue expulsado por las autoridades mexicanas el 25 de junio de 1998 y entregado a las autoridades españolas, constando en el Rollo de la Audiencia Nacional oficio de fecha 29 de junio, dirigido al Ilmo. Sr. Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal por el que se le solicita la remisión del sumario y de la pieza de situación de Ignacio Miguel A., a lo que se accede por proveído de 2 de julio.

e) Con fecha 28 de junio se le recibe declaración en el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 donde fue presentado el recurrente tras su llegada a territorio español procedente de México, y en dicho Juzgado se le recibió declaración el mismo día, seguida de la audiencia a los efectos de resolver sobre su situación personal de conformidad con lo previsto en el artículo 504 bis 2 de la LECrim.

f) Por Auto de 28 de junio de 1998, se dictó Auto por el mismo Juzgado acordando la prisión provisional de Ignacio Manuel.

g) Finalmente, por proveído del día 29 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, se remitieron testimonios de las actuaciones relatadas al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 para su incorporación a varios sumarios, entre otros al

61/1986 en el que ya había recaído Sentencia firme para los otros coprocesados junto con el ahora recurrente.

h) Es, finalmente, tras la recepción por parte del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de los testimonios enviados por el Juzgado Central núm. 2 relativos a la puesta a su disposición del detenido, legalizada ya su situación y remitidos de la Sección Tercera el sumario 61/1986 y la pieza de situación, que el indicado Juzgado Central núm. 5 acuerda por Auto de 6 de julio la reapertura del procedimiento, notificándosele el Auto de procesamiento y prestando declaración indagatoria el día 23 de julio.

De esta crónica de las actuaciones producidas desde que el recurrente fue entregado a la policía española por las autoridades mexicanas aparece con toda claridad la falta de fundamento de la prescripción alegada.

Interesadamente, la defensa del recurrente computa exclusivamente el tiempo transcurrido desde la fecha del Auto de procesamiento –30 de junio de 1988– hasta el Auto de reapertura de las diligencias de 6 de julio de 1998 estimando que ya se tenga en cuenta el anterior o el vigente Código, habrían transcurrido más de 10 años plazo de prescripción asignado al delito de que se le condena ya de conformidad con el artículo 131 del vigente Código, o el artículo 113 del Código de 1973, y efectivamente entre ambas fechas han transcurrido más de diez años. El error del recurrente está en las fechas tomadas para el cálculo del cómputo, porque aceptando en la hipótesis más favorable para el recurrente como fecha inicial para el cómputo la del Auto de procesamiento de 30 de junio de 1988, de acuerdo con el criterio sentado en Sentencias de esta Sala de que el Auto de rebeldía, en este caso de 18 de julio de 1988, no tiene la capacidad de interrumpir la prescripción en tanto tales instrucciones no se traduzcan en diligencias concretas y documentadas con verdadero sentido en su origen y justificación –SSTS de 3 de marzo de 1994 y 8 de febrero de 1995–, el procedimiento mantuvo una total inactividad desde el 30 de junio de 1988 hasta el momento en que como consecuencia de la situación de requisitoriado en la que estaba el recurrente por el Auto citado de procesamiento, fue entregado por las autoridades de México a la policía española, y puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 el día 28 de junio de 1998 en virtud de orden de busca y captura en vigor, recibíendosele declaración en esa misma fecha, y tras la preceptiva audiencia del artículo 504 bis 2 de la LE-Crim, se acordó la prisión provisional, diligencias todas que en modo alguno pueden calificarse de inocuas y sin contenido sustancial, sino que constituyen verdaderos actos del proceso inequívoca actividad –SSTS de 8 de febrero de 1995, 19 de diciembre de 1996, 20 de enero, 31 de marzo, 12 de abril, 30 de mayo y 3 de diciembre de 1997 y 12 de febrero de 1999, entre otras.

Ciertamente, que desde el punto de vista formal, el sumario 61/1986 tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 se reaperturó el 6 de julio, pero lo relevante a los efectos de verificar una inactividad en el proceso, es que ésta cesó tan pronto como el recurrente, en el momento de la entrega a la policía española el día 25 de junio fue detenido y puesto a disposición del Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional, a la sazón el núm. 2 con fecha 28 de junio de 1998, actuaciones todas anteriores al cómputo de los 10 años contados a partir del día 30 de junio de 1988.

La conclusión de todo lo razonado es la desestimación de la causa de extinción de la responsabilidad penal intentada por prescripción del delito.

La segunda de las cuestiones alegadas, y en esta ocasión de forma extemporánea, es la vulneración del principio acusatorio. La extemporaneidad radica en

que las posibles vulneraciones de derechos de contenido constitucional, como es la suscitada por el recurrente relativa a la vulneración del principio acusatorio, tiene su marco y cauce en el artículo 5 apartado 4 de la LOPJ, sin perjuicio de poder formalizarse a través de la infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 y su procedimiento debe efectuarse en el trámite de la preparación del recurso y de la interposición del mismo –Secciones segunda y cuarta del Título III del Libro V de la LECrim–, de suerte que al margen del escrito de interposición no pueden aparecer otros escritos sin sujeción a plazo que vayan añadiendo motivos.

El proceso es un sistema de garantías que determina la forma y modo de actuar de todas las partes, siendo el órgano judicial el garante de su cumplimiento y el primer obligado, y ello no por un formalismo estéril sino en garantía de principios tales como los de igualdad, contradicción y lealtad procesal, ello es tanto más exigible en casos como la casación que por su naturaleza es un recurso extraordinario por ello debemos dejar constancia del apartamiento de las normas procesales con los que se ha efectuado esta denuncia, que sólo al ir unida al tema de la prescripción ha podido ser conocida por la Sala al no estar la cuestión de la prescripción sujeta a plazo preclusivo como ya se ha dicho.

Por lo demás, la cuestión suscitada bajo la pretendida vulneración del principio acusatorio –la aplicación de uno u otro Código Penal– es de la legalidad ordinaria y no afecta para nada al principio acusatorio.

En todo caso, la Sala dará respuesta a esta petición tras el estudio de los dos motivos de casación formalizados, por obvias razones de sistemática jurídica.

(Sentencia de 19 julio 2000)

ARTÍCULO 138

Muerte ocasionada por arritmia cardíaca de la víctima de golpes. Los padecimientos crónicos, estado de salud o debilidad de la víctima no rompen la relación de causalidad

Sexto. (...) Se afirma en los hechos probados «... en el curso del cual Daniel H. golpeó a José T. en los testículos y le agarró por el cuello, presionando sobre el mismo, produciéndose la muerte de José T. como consecuencia de una arritmia cardíaca, consecutiva a la estimulación traumática de zonas reflexógenas», añadiendo en el fundamento jurídico segundo, primer párrafo, con valor fáctico integrador: «la existencia de un hematoma testicular, relacionable con un golpe de importante intensidad, así como desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas, con origen en una acción mecánica, no banal, de tracción y de constricción sobre el cuello...».

Séptimo. La existencia del *animus necandi* se infiere de lo anterior y está comprendida en la ejecución de la acción típica. Basándose la culpa en la negligencia o ligereza del comportamiento del agente, que no persigue ni mucho menos acepta el resultado, es evidente que las formas de agresión descritas, su contundencia, son incompatibles con el tipo de imprudencia pretendido, y conllevan el

elemento intelectual (saber) y volitivo (querer) propio del dolo. La Audiencia entiende que concurre el llamado eventual, donde no se persigue directamente el resultado, aunque sí se prevé su posible producción, que se acepta caso de que se produzca, criterio que tampoco es incompatible con el relato histórico, siendo irrelevante la concurrencia del directo o eventual a efectos penológicos.

Octavo. En cuanto al cuestionamiento de la relación de causalidad, se dice en el recurso «el fallecido muere por problemas pulmonares y cardíacos, no como resultado de la agresión», desconociendo los hechos probados que engarzan el fallecimiento como subsiguiente o «consecutivo» a la estimulación traumática de zonas reflexógenas (golpe de importante intensidad en la zona testicular y tracción y constricción sobre el cuello con desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas).

La Jurisprudencia de esta Sala, partiendo de la idoneidad de la acción para desencadenar el fallecimiento, como es el caso, ha señalado que únicamente pueden interferir el curso causal del resultado de la acción los llamados «accidentes extraños», debidos a comportamientos maliciosos o negligentes del propio ofendido o a la conducta dolosa de un tercero, pero no las denominadas «concausas pre-existentes», tales como los padecimientos crónicos del ofendido, su estado de salud o su debilidad física, lo que es aplicable al presente supuesto (por todas la STS de 4-7-1997 citada por la propia Audiencia). Y no se trata sólo de la aplicación de la llamada teoría de la equivalencia o de la condición, causalidad natural, sino igualmente debe constatar que las agresiones descritas constituyen indudablemente, desde el punto de vista normativo, la creación de un riesgo prohibido para la vida de la víctima, aceptando de antemano el agente el posible resultado de su acción como ya hemos señalado más arriba.

Por todo ello, también procede la desestimación del segundo motivo.

(Sentencia de 24 febrero 2000)

Del tipo de arma y su forma de uso (hacha podadora utilizada por parte no cortante y con escasa fuerza) se infiere el animus del agente: no animus necandi, sólo laedendi

Sexto. (...) Entiende el recurrente —a través de una detallada exposición que dice mucho en favor de su competencia y dedicación a los intereses encomendados— que en base al arma empleada, idónea para causar la muerte, el número de golpes descargados sobre la víctima y zona vital sobre los que recayó, así como la relación de enemistad existente entre los acusados y el lesionado, la calificación jurídica básica adecuada debe ser la de homicidio puesto que existió un ánimo de matar en la acción delictiva.

Sin embargo, la calificación jurisdiccional cuestionada no permite apreciar en este trance error aplicativo alguno porque los matices diferenciadores que permiten dilucidar sin excluyentes dogmatismos la presencia o exclusión del *animus necandi* presentan en el supuesto sometido a consideración, perfiles específicos que abonan la opción elegida por la Sala *a quo* frente a las tesis sostenidas por ambas acusaciones, pública y privada.

El Tribunal Provincial no desconoce las circunstancias que deben de ser analizadas a la hora de determinar con qué ánimo se realizó el hecho delictivo. De ello es claro exponente el fundamento jurídico octavo junto a las citas jurisprudenciales que contiene en torno a la doctrina de esta Sala que viene afirmando que para la calificación de una determinada agresión como delito de lesiones o de homicidio frustrado ha de atenderse al ánimo del autor que, salvo casos excepcionales en que se reconozca libremente por el acusado haber actuado con *animus necandi*, en la mayoría de los supuestos debe deducirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho.

Mas llegados a ese punto, los Magistrados del órgano colegiado –tal como se desprende del fundamento jurídico noveno de su resolución– deciden, razonándolo, en favor de la ausencia del ánimo de matar, concluyendo, después de considerar todas las circunstancias concurrentes que el elemento subjetivo que movió a ambos procesados fue el de atentar contra la integridad física de Valentín. Para ello, partiendo de la enemistad existente entre los vecinos, que fue la víctima la que se acercó al lugar donde se encontraban padre e hijo y que no lo hizo en tono pacífico o conciliador, destacan que el arma utilizada en el acometimiento (hacha podadora o escardillo) lo fue con la parte del instrumento no cortante y con escasa fuerza, hecho objetivo acreditado por la pericial practicada en el juicio y si bien es cierto que la zona era vital, los golpes propinados fueron tres y ninguno con suficiente entidad para ocasionar la muerte de la víctima. Todo lo cual determina que pueda homologarse tal decisión, rechazando el reproche casacional formulado.

(Sentencia de 23 marzo 2000)

Apreciación del animus necandi mediante dolo eventual

Tercero. El segundo motivo casacional se articula por los cauces del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncia la indebida aplicación de los artículos 138, 16 y 62 del Código Penal, considerando en definitiva el recurrente que no existió *animus necandi* en la conducta del procesado, y por consiguiente hubo de ser condenado exclusivamente por un delito de lesiones por imprudencia del artículo 152 del propio Cuerpo Legal.

A la vista del cauce casacional elegido por el recurrente, hemos de atenemos, por mantenerse incólumes, a los hechos probados que relata la Sentencia de instancia. Dicha resolución, tras narrar la disputa verbal que el procesado mantiene con Adam D. D., describe cómo el procesado sube al dormitorio y coge una pistola, descendiendo de nuevo al salón «donde continuó discutiendo con Adam, al que requirió junto a su acompañante para que abandonase la vivienda, originándose entre ambos un fuerte forcejeo, con agresiones mutuas, momento en que ésta se interpuso entre ambos con la intención de mediar, lo que aprovechó el procesado, sin duda alguna por el fuerte castigo que había y estaba recibiendo, para efectuar un disparo a corta distancia, sin que conste a quién iba dirigido, que alcanzó a Anne G.», produciéndole graves heridas de contenido letal, que relata pormenorizadamente la Sentencia, y que si no produjo un desenlace mortal fue a causa de haber sido intervenida quirúrgicamente de forma inmediata y urgente.

La Sala sentenciadora llega a la conclusión de la existencia de ánimo de matar en el procesado, deduciéndolo de la discusión mantenida con el señor D., del hecho de que subiera a su habitación a por una pistola, con la que después efectuaría el disparo a muy corta distancia, de las lesiones que sufrió por parte de su contrincante y del hecho de marcharse eludiendo la acción policial cuando detectó su presencia. En definitiva, existen elementos para deducir de los hechos relatados que tanto el procesado, obrara con dolo directo como eventual, quede descartada la subsunción en una mera conducta culposa, ni siquiera a título de culpa consciente. En efecto, dada la proximidad inmediata tanto de Anne como de Adam –prácticamente en contacto físico– el procesado al disparar en forma horizontal, y dirigiendo su arma frente a los mismos, aunque no conste si el disparo iba dirigido a uno u otro, tuvo que representarse la posibilidad de alcanzarlos con el proyectil, y no obstante, sin importarle tal eventualidad, siguió adelante con su acción, elementos que configuran el dolo eventual, según reiterada jurisprudencia.

La Sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 1999, recoge que la Jurisprudencia ha venido estableciendo como punto de referencia para determinar la existencia de ánimo homicida, la concurrencia de una serie de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho que pueden arrojar luz sobre el verdadero propósito del autor. Desde esta perspectiva podemos señalar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima.
- b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido.
- c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas.
- d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal.
- e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar.
- f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar.
- g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital.
- h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos.
- i) Conducta posterior del autor.

Por medio del dolo eventual, 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 de 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).

De la doctrina expuesta, cabe deducir que en el caso analizado el *animus necandi* queda acreditado, conforme a los parámetros que barajó la Sala de instancia, en la discusión previa, la toma de la pistola, la continuación de la discusión, esta vez con una proximidad física de la que se derivaron, según el *factum*, castigo le-

sivo para el recurrente, y el disparo realizado, que no fue meramente intimidatorio, como dice el autor del recurso, sino efectuado con intención de matar, en tanto no se apunta al techo o al suelo, y la cortísima distancia en que se produce, supone inferencialmente que tenía virtualidad mortal, así como las zonas del cuerpo que fueron afectadas lo corroboran, sin que se haya probado únicamente si el tiro se dirigió contra su oponente o la persona que en ese momento mediaba (que a la postre recibió el impacto), debiendo considerarse el relato de hechos como lo afirmado fácticamente por el Tribunal provincial, sin perjuicio del complemento que se lleva a cabo en el segundo de sus fundamentos jurídicos, donde ciertamente existen afirmaciones que aunque literalmente pudieran hacer pensar en conclusiones confusas, lo cierto es que la Sala está valorando el error en la persona, lo que no excluye ni el ánimo homicida, ni el dolo eventual.

Por estas razones, procede desestimar este motivo.

(Sentencia de 26 septiembre 2000)

ARTÍCULO 142

Existe homicidio imprudente en el caso de director de obra que ordena realizar un trabajo próximo a una línea de alta tensión sin suministrar los medios adecuados para evitar el riesgo, resultando la muerte de un trabajador: imputación objetiva del resultado sin que exista «autopuesta en peligro» ni «compensación de culpas»

Quinto. En el quinto 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 142.1 del Código Penal.

Se niega la concurrencia de los requisitos configuradores de la imprudencia grave apreciada en la Sentencia de instancia y se afirma que los únicos imprudentes han sido los trabajadores.

El motivo no puede ser estimado.

Olvida el recurrente que es él quien ordena realizar un determinado trabajo en un sitio por el que discurre el tendido de alta tensión, que es él, como director de la obra, el que concreta el trabajo a realizar y el modo en que tiene que ser ejecutado y que es él, como responsable del trabajo, el que tiene que suministrar los medios para que éste se realice sin riesgo para los trabajadores.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 15 de julio de 1992, que cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales de Seguridad e Higiene en el Trabajo a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física, y no hay que decir que con mayor razón de la vida, de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino aten-

diendo a cada situación con el debido cuidado; de tal modo que omitir, como en el caso de autos, la protección que resultaba ineludible por la proximidad de un cableado de alta tensión, constituye, como acertadamente se califica por el Tribunal sentenciador, un homicidio por imprudencia grave en cuanto la omisión de las medidas de seguridad que resultaban precisas fue causante del resultado mortal.

El recurrente ha creado, por lo que se acaba de exponer, un peligro jurídicamente desaprobado, al ordenar realizar unas obras o mediciones en una zona de evidente peligro sin proporcionar los medios adecuados ni las instrucciones precisas para evitarlo como le era exigible. Ha creado, pues, un riesgo previsible que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que está fuera del riesgo permitido y que además le es objetivamente imputable en cuanto ha tenido su concreción y realización en el fallecimiento del trabajador que estaba a sus órdenes.

Si no hubiera tenido error sobre la producción de una situación de riesgo para la vida de sus trabajadores, y se hubiera representado y conocido que estaba creando esa situación de riesgo, su conducta sería propia de dolo eventual.

Tampoco puede prosperar la objeción que se hace en el recurso a la consideración de la imprudencia como grave.

La jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone «un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado».

Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control. Lo que no cabe duda es que además de concurrir las notas de gravedad que se dejan expresadas, el recurrente mostró un total desinterés respecto a los bienes puestos en peligro y todo ello justifica plenamente la acertada calificación de la imprudencia como grave.

Sexto. En el sexto 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 142.1 del Código Penal.

Se argumenta que no existe el necesario nexo causal entre la imprudencia que hubiera podido cometer el acusado y el resultado de muerte sufrido por el trabajador a sus órdenes, en cuanto era tan evidente el riesgo que corría al utilizar unas varas metálicas en las proximidades de los cables de alta tensión que su fallecimiento fue consecuencia del negligente actuar de la propia víctima.

Aunque se exprese en otros términos, la defensa del motivo se fundamenta en sostener la ruptura del nexo causal por autopuesta en peligro por parte del trabajador fallecido o haber contribuido de manera decisiva a su muerte.

La cuestión planteada afecta al tipo objetivo y más concretamente a la imputación objetiva del resultado.

La teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a éstos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad». Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la «compensación de culpas» en los delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5-11-1990 establece que «para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita...». Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible.

Ni una cosa ni otra puede afirmarse en el caso que examinamos y muy al contrario se presenta con evidencia que el resultado producido –muerte del trabajador a sus órdenes– es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la conducta del acusado.

No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las

medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuanto se trata de un profesional de la construcción, con larga experiencia en obras como la que se estaba realizando, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informados cuando tampoco estaba impuesto del riesgo que corría al realizar el trabajo encomendado.

Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado ni le puede ser aplicable el principio de la «autopuesta en peligro» ni de la «propia responsabilidad».

El motivo, por consiguiente, no puede ser estimado.

(Sentencia de 19 octubre 2000)

Homicidio imprudente de niño ahogado en playa cometido por persona responsable de su vigilancia

Primero. El motivo del recurso situado en primer lugar de los dos que en el recurso se utilizan se introduce por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y designa como infringido el artículo 142.1 del Código Penal, indebidamente aplicado al caso. Señalan los recurrentes que, admitiendo rigurosamente el contenido de los hechos probados, se aprecia que realizaron una actividad de control de la conducta de los menores que estaban a su cargo, dividiéndose sus funciones de vigilancia y control, pese a lo cual los menores afectados se alejaron y salieron de la zona señalada, por lo que no cabe afirmar que ellos descuidaran el deber objetivo de cuidado.

El Código Penal de 1995, actualmente vigente, ha establecido un sistema de punición de las conductas imprudentes que requiere que éstas estén taxativa y expresamente recogidas en la Ley (art. 12). Con respecto al homicidio el cumplimiento de este precepto de carácter general se efectúa en la figura de delito del artículo 142 y en la de falta del 621.2, ambos del propio Código, y que responden al grado de la imprudencia interviniente en la causación del delito. En ambas figuras típicas es precisa la existencia de imprudencia. Y según ya consagrada y prolongada doctrina de esta Sala son sus requisitos los siguientes: *a)* un factor normativo externo consistente en la infracción de un deber objetivo de cuidado que consiste en un comportamiento esperado socialmente y definido atendiendo a un conjunto de reglas de experiencia expresivas de la forma de comportamiento adecuado a adoptar en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales; *b)* un elemento subjetivo consistente en una acción u omisión voluntaria, pero totalmente carente de dolo, y que se caracteriza por omitirse psicológicamente por el agente el cumplimiento del deber de cuidado descuidando las precauciones que permitirían impedir consecuencias nocivas previsibles y prevenibles o evitables; *c)* resultado de un daño; y *d)* relación de adecuada causalidad entre la acción u omisión imprudente o negligente del sujeto y el resultado dañoso producido.

En el presente caso el deber de cuidado de los recurrentes consistía en la vigilancia y las intervenciones oportunas de la salvaguarda de los menores, de cuya

seguridad se habían encargado al llevarlos a la playa para bañarse, teniendo en cuenta las circunstancias natatorias de los menores, que debían previamente conocer, y la posibilidad, seguramente no infrecuente, de que algunos que se sustrajeran en ocasiones a la acción de vigilancia y guarda alejándose o separándose de los demás.

Los recurrentes tomaron medidas para organizar la actividad de los cincuenta y siete menores que habían asumido vigilar y guardar, distribuyéndose funciones a tal fin, pero omitiendo los tres observar si todos seguían sus instrucciones, y esa omisión duró bastante tiempo, pues ni siquiera cuando los dos menores afectados en el caso dieron muestras de encontrarse en peligro, se dieron cuenta de la situación y fueron otras personas ajenas a los tres profesores las que procedieron al salvamento. Tal omisión de vigilancia por los tres acusados y subsiguiente omisión también de la intervención posible para evitar males, determinó causalmente el fallecimiento de uno de los dos menores. Con todo ello se comprueba la concurrencia en este caso de los requisitos necesarios para la apreciación de imprudencia y, por lo tanto, ello determina que el motivo deba ser desestimado.

Segundo. El otro motivo del recurso, como el precedente por infracción de Ley y apoyo en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infracción también del artículo 142 del Código Penal, pero en este caso, por calificar de grave la imprudencia, cuando es así que ésta merecería ser tan sólo calificable de leve, lo que determinaría la inaplicación del artículo 142 del Código Penal y la correspondiente aplicación del artículo 621.2 del mismo Código, estimando que los hechos constituyeron una falta de imprudencia con resultado de muerte.

Ya se ha señalado, tanto por la doctrina como en Sentencias de esta Sala, que el Código Penal de 1995 ha simplificado la anterior división tripartita de la gravedad de la imprudencia en temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos, sustituyéndola por imprudencia grave y leve, diferencia de entidad que, en el caso de resultado de muerte, determina que el hecho sea calificado respectivamente de delito o de falta. Para la determinación de la entidad de la imprudencia hay que atenerse a: 1.º) a la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión constituyente de la conducta delictiva; 2.º) en la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado, y 3.º) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado que según las normas socio culturales vigentes de él se esperaba (Sentencia de 18 de marzo de 1999 con cita de otras anteriores).

En el caso que se considera es cierto que se tomaron por los profesores algunas precauciones elementales como fue repartirse sus tareas en la organización de la actividad recreativa de los escolares, pero omitiendo los tres incluir en su conducta la vigilancia de quienes pudieran tener problemas que debían haber tenido en cuenta dada la situación del mar con olas de medio metro y resaca y la circunstancia de que algunos de los menores no sabían nadar, con lo que no acomodaron su conducta a los patrones de prevención que las circunstancias exigían para evitar daños a otras personas. En cuanto a la previsibilidad del riesgo se ha de tener en cuenta que era elevada considerando que se trataba de un grupo no excesivamente numeroso, pero sí importante, de cincuenta y siete niños, de corta edad pues eran alumnos de tercero, cuarto y quinto curso de Básica, que algunos no sabían nadar y que el mar no estaba tranquilo. La entidad de la infracción por los profesores de sus deberes de vigilancia e intervención cuando fuera necesaria, es elevada porque no sólo no se adaptó a las particulares exigencias de edad de los escolares

y falta de conocimiento natatorios de algunos de ellos, y a las condiciones del mar fácilmente observables de resaca e importancia de las olas, sino que el descuido fue temporalmente de bastante duración, pues no se enteraron de la situación de los menores que tuvieron problemas sino cuando otras personas circunstantes advirtieron la situación difícil de los mismos y ya habían procedido a sacarles del agua y a intentar su salvamento. En tales condiciones es evidentemente correcta la calificación de grave de la imprudencia y, consecuentemente, procede rechazar el motivo.

(Sentencia de 1 diciembre 2000)

ARTÍCULO 417 BIS (CP 1973)

El dictamen preceptivo para aborto legal por grave salud psíquica de la madre debe realizarlo un médico, no un psicólogo

Segundo. En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 145.1 del Código Penal en relación con las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973, por inaplicación debida de la Orden de 31 de julio de 1985 y por inaplicación del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados, ello en base al principio de retroactividad penal de las normas favorables.

Los recurrentes sostienen su oposición a la tipicidad de la conducta sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Orden de 31 de julio de 1985, sobre práctica del aborto en Centros o Establecimientos Sanitarios, entendiendo que el informe sobre la salud psíquica de la embarazada puede ser emitido por un psicólogo.

Examinada la Orden mencionada se puede comprobar que lo único que en ella se expresa es que en los centros o establecimientos sanitarios autorizados para la práctica de abortos se constituirá una Comisión de Evaluación, con las funciones de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, informar y asesorar sobre los problemas o dificultades que puedan presentarse y recoger la información y estadística, con respeto siempre a la confidencialidad de los casos concretos. Y entre los miembros de dicha Comisión se menciona a un Psiquiatra o un Psicólogo.

Esa Orden, en los términos en que está redactada, en modo alguno discrepa de lo que se dispone en el apartado 1.1.ª del artículo 417 bis del Código Penal, lo que en todo caso resultaría inviable por el diferente rango normativo. Ciertamente, de ningún modo puede sostenerse, como pretende el recurrente que la citada Orden permita sustituir al médico especialista por un psicólogo a los efectos de emitir dictamen sobre el grave peligro que la continuación del embarazo representa para la salud psíquica de la mujer embarazada. Los cometidos que vienen atribuidos a esa Comisión de Evaluación vienen delimitados en la Orden citada y nada se dice sobre un extremo tan importante como es el especialista que debe emitir el dictamen preceptivo para el caso de aborto en el que concurra la indicación terapéutica, especificación que sí viene expresamente recogida en el artículo 417 bis del Código

Penal de 1973 como en el artículo 6.º del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. En ambas disposiciones se consideran acreditados para emitir el dictamen a los médicos de la especialidad correspondiente, siendo de resaltar que este Real Decreto 2409/1986 deroga expresamente la Orden de 31 de julio de 1985.

Y el Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, independientemente de que no habilitaría a la psicóloga que emitió el informe cuestionado con una titulación de la que carecía cuando emitió su dictamen, tampoco tiene el alcance, como asimismo pretende el recurrente, de modificar el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal y artículo 6.º del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, que exige que sea un médico especialista el que emita el dictamen sobre grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada. Ello sin que esta Sala pueda cuestionar la capacidad de los Psicólogos y con mayor razón los que son especialistas en Psicología clínica para emitir un informe sobre la salud psíquica de una persona. El legislador ha señalado los requisitos que deben concurrir para que el aborto no sea punible y el aplicador del derecho, en este caso, el juzgador, está sometido al principio de legalidad en orden a los presupuestos expresamente consignados en la Ley como sucede, respecto a este requisito, en el artículo 417 bis del Código Penal. Está en juego la presencia de un interés tan relevante como es la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto.

En este caso no se cumple, pues, el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 de que el dictamen sea emitido por médico especialista distinto del que realiza la intervención, requisito que no ha perdido su vigencia por las disposiciones que se señalan en el presente motivo, siendo correctos los razonamientos expresados por el Tribunal sentenciador sobre la necesidad de que sea un médico especialista el que emita el dictamen.

Al no concurrir los presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto, que a modo de justificación específica vienen recogidos en el artículo 417 bis del citado Código Penal, es correcta la aplicación que el Tribunal de instancia hace del artículo 145.1 del vigente Código. En otro motivo del recurso se examinará la cuestión, igualmente invocada, de la presencia de error en los acusados al sostener que estaban en la creencia de actuar conforme a derecho.

El presente motivo no puede ser estimado.

(Sentencia de 26 octubre 2000)

ARTÍCULO 147

Falta de imputación objetiva de las lesiones que se causa la víctima cuando, para su autodefensa, se arroja del vehículo para proteger su reloj: desproporción del peligro que asume la víctima

Cuarto. (...) 2. Distinto es el problema relativo a la imputación al acusado de las lesiones sufridas por el perjudicado como consecuencia de haberse arrojado del vehículo en marcha para escapar a su agresor. Aquí se vuelve a plantear el problema de la significación de la conducta decidida por la víctima para la imputación del resultado producido que ya ha sido objeto de otros precedentes de esta Sala. Como se sabe se trata de las condiciones en las que el resultado se debe atribuir a la responsabilidad del autor o de la víctima. En particular, en el presente caso, se trata de si las lesiones producidas por el comportamiento autodefensivo de la víctima de un robo pueden ser imputadas al autor de la violencia o intimidación.

El punto de partida de la verificación de la imputación objetiva es claro: el resultado se debe imputar al autor siempre y cuando sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, creado por su acción. La cuestión ha sido tratada desde esta perspectiva en un caso similar en la STS de 8-11-1991, en el que se afirmó la imputación objetiva del resultado sosteniendo que «el conductor del vehículo creó un riesgo, del que la propia ofendida le advirtió cuando le dijo que se tiraría si no paraba y en el ámbito de ese riesgo producido y advertido por él, se produjo ese acto voluntario de ella (...) que fue el origen del posterior atropello de su propio cuerpo por las ruedas traseras del mismo camión. Tal conducta voluntaria, al haberse realizado dentro del ámbito de riesgo creado por el acusado, no interrumpió el nexo causal». En ese caso se trataba de una joven que se arrojó de un camión en marcha con el propósito de sustraerse al intento de abuso sexual por parte del conductor.

No obstante la similitud del hecho, el acusado en el caso de la STS de 8-11-1991 fue condenado por un delito de lesiones cometido con imprudencia temeraria y esta decisión no fue recurrida por la acusación. En el presente caso, el Tribunal *a quo* –más correctamente– entendió que el autor era punible a título de dolo. Esta diferencia no invalida los principios que se pueden deducir de dicho precedente. Es claro que no se trata aquí de si el acusado obró o no con dolo respecto del resultado de lesiones, sino –como se dijo– de si dichas lesiones pueden ser o no objetivamente imputadas al autor.

En los supuestos como el presente la configuración del hecho concreto tiene una importancia decisiva, dado que –como lo reconoce una parte, al menos, de la doctrina respecto de casos similares– es preciso diferenciar situaciones diversas, pues todavía no se ha elaborado una fórmula general que pueda resolver adecuadamente todas las hipótesis. En este sentido parece claro que no todas las acciones de autoprotección, consistentes en arrojar de un vehículo en marcha para eludir una agresión, deben tener la misma significación. Sin duda que en todas ellas habrá que afirmar la causalidad en el sentido de la *conditio sine qua non*, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera arrojado del coche. Pero no toda causalidad es relevante. En los casos en los que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una justificación especial, los resultados que

sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor. En la ponderación de la diferencia entre peligro corrido y peligro asumido tiene singular relevancia la diferencia jerárquica de los bienes jurídicos afectados y la configuración real de la situación en la que el agredido se encuentra.

De acuerdo con este criterio, el resultado de lesiones no se debió imputar a la acción del recurrente, toda vez que para proteger su reloj asumió, por propia decisión, un peligro extraordinariamente mayor que aquel al que realmente estaba sometido. Es cierto que el acusado dijo tener una navaja y estar dispuesto a usarla, pero no se sabe si tal navaja realmente existió, el ofendido no la vio, y, en todo caso, no había sido utilizada cuando se arrojó del coche.

En consecuencia, el tipo penal del artículo 147 CP no debió ser aplicado.

(Sentencia de 26 febrero 2000)

ARTÍCULO 150

Lesiones que causan deformidad: dolo directo de quien propina un cabezazo en la cara a la víctima

Primero. (...) 2. Como ha señalado la doctrina, la nueva regulación de las lesiones en el vigente Código Penal, en los supuestos de lesiones graves o que ocasionen una deformidad genérica o específica, que son herederos de los artículos 418 y 419 del anterior Código Penal, supone una nueva sistemática que resulta mucho más racional, al prescindir de la exigencia de dolo directo en estos delitos más graves con el consiguiente desdoblamiento típico entre los casos de dolo directo y los de dolo eventual.

Lo verdaderamente determinante de estas categorías de delitos es la producción de un resultado que lleva aparejado un menoscabo de la integridad corporal con una nota de permanencia. No es obstáculo para la existencia de estas modalidades delictivas la circunstancia de que, por los avances de las técnicas quirúrgicas o reparadoras, se puedan llegar a corregir, de manera más o menos perfecta, las deformidades ocasionadas.

3. La Sala sentenciadora, no obstante, se inclina por mantener que en los delitos causantes de deformidad se debe aplicar la doctrina tradicional, acuñada durante la vigencia del antiguo Código, de que es necesario un dolo específico de causar deformidad.

Aunque a efectos dialécticos nos podamos situar en este terreno, lo cierto es que, también existiría, en el caso presente, este dolo específico. Lo cierto es que la reacción del acusado alcanzó unas cotas de violencia e incivildad, difícilmente repetibles. El recurrente conoció y admitió desde el primer momento, las consecuencias que podían derivarse de su acción. La dirección del golpe fue precisa y contundente. Conectó su cabeza sobre el rostro a la altura de la nariz, por lo que nada tiene de extraño que, como consecuencia lógica de esta acción se viesen afectadas la boca e incluso las cejas y ojos que no llegaron a ser alcanzados pero que se

encontraban dentro del radio de acción al que puede afectar un preciso cabezazo dirigido al rostro de la víctima. Conocía perfectamente el alcance del impacto y tenía voluntad de producirlo por lo que, tanto por la vía del dolo directo, como por la de un hipotético dolo eventual, que ahora quedaría también integrado en el tipo, su conducta le ha sido correctamente reprochada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

Extirpación de un testículo: miembro no principal

Primero. 1. La acusación pública formaliza una oposición articulada en un único motivo en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación al hecho probado del artículo 149 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 150 del mismo Código, es decir, la consideración, o no, como órgano principal de la lesión producida.

El hecho probado, del que se parte en la impugnación, refiere que el acusado en el curso de una discusión con el perjudicado le propinó un rodillazo en la zona genital a consecuencia del cual tuvo que practicarse una orquiectomía –extirpación– de un testículo.

En el desarrollo del motivo argumenta sobre la condición de órgano principal del testículo sin que esa consideración se pierda por la dualidad de testículos al igual que ocurre en otros órganos bilaterales del cuerpo humano.

2. El motivo debe ser desestimado. La cuestión a resolver se circunscribe a la declaración, o no, de la pérdida de un testículo como órgano principal, y por lo tanto una mayor consecuencia jurídica por el mayor disvalor del resultado, la extirpación de un testículo.

A favor de su consideración como órgano principal el Fiscal argumenta con cita de nuestra jurisprudencia (cfr. SSTS de 16-5-1986 y 5-10-1989 y las que en ellas se citan). No obstante, y aunque hay pronunciamientos de esta Sala en los que hemos declarado que no es órgano principal (STS de 1-6-1989), ha de señalarse que esa jurisprudencia aplicó un Código Penal anterior al vigente en el que junto a la expresión de unos concretos resultados que agravaban la consecuencia jurídica exigía un requisito específico en la tipicidad subjetiva con la expresión «de propósito», que fue interpretado por esta Sala como exigencia de un dolo directo que abarcara la acción y el resultado requerido en el tipo penal. Este requisito ha desaparecido de los tipos penales 149 y 150 que, respectivamente, presentan una agravación por la gravedad del resultado.

3. Abordaremos la cuestión desde la nueva tipología. Ambos artículos, el 149 y el 150, refieren la agravación a un miembro o a un órgano, esto es, a una parte del cuerpo que desempeña una función fisiológica, también aquella parte del cuerpo dotada de funciones propias. Igualmente, ambos preceptos suponen la exigencia de un tratamiento médico o quirúrgico para alcanzar la sanidad de la lesión y refieren la concreción del resultado a la pérdida o inutilidad de la función del órgano o miembro afectado por la acción realizada.

Por último, ambos preceptos concretan el resultado referido a la inutilidad, esto es, en la ineficacia del órgano o miembro para la realización de la función que tienen atribuida, o a la pérdida que supone además de la ineficacia funcional el menoscabo anatómico.

Lo relevante es la pérdida de funcionalidad del órgano o miembro lo que no debe ser entendido en su acepción literal, pues bastará un menoscabo sustancial (STS de 13-2-1991) de carácter definitivo. En el supuesto de que fuera susceptible de corrección quirúrgica habrá de valorarse la entidad de la intervención, la voluntariedad en su realización y la existencia de riesgos no exigibles al perjudicado.

La consideración de principal o no principal, concepto puramente valorativo, del órgano o miembro dependerá de si el órgano o función perdida o inutilizada desarrolla una función que si bien no es esencial para la vida ha de realizar una función relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo.

Es claro que la pérdida o inutilidad de los dos testículos se subsume en el tipo agravado de las lesiones del artículo 149 del Código Penal, pues la pérdida anatómica de un miembro corporal supone la pérdida de la funcionalidad, esto es, de la función que ambos testículos desarrollan, tanto la interna o endocrina, referida a la producción de hormonas masculinas determinantes de su fisonomía externa y del apetito sexual, como la externa o exocrina que produce los espermatozoides que a través de los conductos deferentes discurren por la uretra hasta su expulsión.

La prueba pericial practicada en el procedimiento no refiere que la extirpación de un testículo afecte a la función endocrina y exocrina, que el perjudicado sigue desarrollando con normalidad (véanse al respecto las pruebas periciales forenses realizadas y estudios específicos que señalan que «los hombres con un testículo solamente, no muestran evidencia alguna de deficiencia hormonal»), por lo que no podemos declarar que la pérdida de un testículo suponga la de un órgano principal siendo más correcta su consideración de no principal dado que no se ha perdido la función como así resulta de la pericial y de los estudios consultados.

Corroborada la anterior consideración el examen de los concretos resultados que integran la agravación por el resultado del artículo 149 del Código Penal. En efecto, junto a la pérdida o inutilidad de un miembro principal se relacionan la impotencia y la esterilidad y otros resultados típicos que no guardan relación con la cuestión debatida, en clara referencia a la inutilidad de la función que no se produce por la extirpación de un testículo. Consecuentemente, la pérdida de un testículo no supone pérdida de la función que realiza, la endocrina y la exocrina y no puede considerarse como parificado en su valoración a la impotencia y a la esterilidad que sí supone la pérdida de una función.

Lo anteriormente fundamentado no afecta a otros órganos dobles existentes en el cuerpo humano, porque aun con duales tienen su funcionalidad propia e independiente de su par, como los ojos, los oídos y pulmones. Otros, por la relevancia e importancia de sus funciones, como en el supuesto de los riñones, en los que la pérdida de uno supone una merma importante de la funcionalidad de los órganos que lo componen.

(Sentencia de 29 noviembre 2000)

ARTÍCULO 153

Malos tratos habituales en el ámbito familiar: evolución legislativa, bien jurídico protegido y requisitos

Cuarto. Como tercer motivo y por el mismo cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 se denuncia como indebida la aplicación del artículo 153 del Código Penal.

El recurrente en la fundamentación del motivo de una manera escueta se limita a denunciar la aplicación del artículo 153 solicitando la absolución por dicho delito por estimar que no está acreditada la habitualidad y porque, en definitiva los actos de violencia datados reseñados en el *factum* constituirían, a lo sumo, dos faltas de lesiones que ya estarían prescritas sin que deban tenerse en cuenta por su concreción otros actos incluidos en el relato de hechos.

El artículo 153 del Código Penal penaliza la violencia doméstica, la importancia que ésta tiene en la sociedad (al respecto basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones) exige una reflexión más detenida máxime si se tiene en cuenta que sólo en dos ocasiones esta Sala ha analizado el artículo que se comenta en el marco de la casación –SSTS de 29 de abril 1999 y de 19 de mayo 2000.

Precedente del actual artículo 153, fue el artículo 425 del Código Penal de 1973 introducido por Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, des-cansando el tipo sobre la nota de la habitualidad, respecto de este tipo penal, la STS de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores de aquel tipo eran los siguientes:

- a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
- b) Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar, tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito con lo que queda establecida la diferencia con la falta del artículo 582 inciso final (del anterior Código Penal).
- c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin.
- d) Tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en su artículo 153 vino a recoger el delito de lesiones habituales del artículo 425 del anterior Código Penal al que nos acabamos de referir. La redacción mejoraba y corregía determinados defectos y en tal sentido:

- a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.
- b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.
- c) Se mantiene la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituido por ser cónyuge o «ligado

de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo y finalmente.

d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el artículo 94 del Código Penal, que desvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del artículo 94 –dentro del capítulo III del Título III «de las penas»–, como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «... a los efectos previstos en las secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas, aunque la doctrina científica se inclinaba por su aplicación análoga como exigencia del principio de seguridad jurídica.

Faltando la habitualidad, los hechos constituirían la falta del artículo 617-2.º del Código Penal, aunque la relación personal servirá para agravar la pena en relación al supuesto en que entre agresor y víctima no se dé la relación de convivencia.

La Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, la modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas –exposición de motivos–, ha introducido diversas reformas tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 éstas son:

a) En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.

c) Se da una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo, puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un *aliud* y un *plus* distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato fa-

miliar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del artículo 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito –se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas–, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

Desde este enfoque constitucional, único que resulta adecuado dada la naturaleza del tipo penal, debemos analizar la impugnación del recurrente. Este como ya hemos dicho y ahora se reitera se limita a afirmar que los dos únicos actos de violencia datados en el *factum* lo son a mediados de 1997 cuando le dio varios puñetazos a Adela y el 15 de octubre de 1997 cuando le dio un puñetazo en el ojo a Tania causándole un gran hematoma y tirándola al suelo, respecto de ambas agresiones que no se niegan, se dice que se trataría de dos faltas que ya estarían prescritas y que además no fueron denunciadas.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 junio 2000)

Comisión por omisión de madre que omite toda conducta para impedir que el padre de niña de cinco meses le cause malos tratos habituales físicos

Tercero. El artículo 11 del Código Penal de 1995 regula la comisión por omisión, señalando que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación, disponiendo, a continuación, que a tal efecto, se equipara la omisión con la acción, entre otros supuestos, cuando exista una específica obligación legal de actuar. En cuanto al tema de la posibilidad de perpetrar estos delitos por comisión por omisión, y para lo que aquí se estudia, en relación con el delito previsto en el artículo 153 del Código Penal (violencia física habitual o malos tratos sobre los propios hijos), ya fue estimado punible por la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, pero, sobre todo y ello es lo que interesa ahora, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Así, podemos citar, a modo de ejemplo, las siguientes Sentencias: A) La de 22 de junio de 1991 que dice al respecto: El *factum* de dicha Sentencia afirma que la acusada «maltrató a su hija de cinco meses de edad», causándole las lesiones que seguidamente describe; afirmando, finalmente, que «... la lesión se causó a presencia del marido que no intervino para guardar la integridad física de la niña». Se describe, por tanto, en el relato fáctico de la Sentencia una típica conducta omisiva, en este caso, por parte del padre. Tales conductas —con independencia de los típicos delitos de omisión— pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado (como es el caso del delito de lesiones) en lo que doctrinalmente se conoce como «delitos de comisión por omisión», o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico, como garante de un determinado bien jurídico, y que, en el presente caso, se concreta en el deber de velar por los hijos que concierne a los padres, por razón de la patria potestad (*vid.* artículo 154.1.º del Código Civil). En tal caso, la conducta pasiva del padre de la niña lesionada fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo. No cabe imaginar que la «esperada» (por obligada) acción protectora del padre no hubiera podido evitar tal resultado, particularmente habida cuenta de las múltiples lesiones de la menor. B) La de 31 de octubre de 1991, en la que conociendo la madre que su esposo hacía objeto de malos tratos en forma persistente a su hija de tres años de edad, «al menos desde aproximadamente un mes», toleró los mismos y no los evitó como era su obligación de madre. La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste eficacia causal con el resultado producido, lesiones sufridas por su hija de tres años, de tal entidad que precisaron la hospitalización con sesenta días de duración y secuelas psíquicas, por no haber evitado e impedido el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor, que de haber actuado hubiera evitado la producción de las más graves. La procesada, se dijo por esta Sala, aparecía como garante de la evitación del resultado. La fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral)

sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal). El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores –art. 154.1.º– y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros. C) La de 6 de octubre de 1998, en la que se declara: «... Se trata de definir y calificar la actitud pasiva del sujeto de la infracción, en este caso lesiones. Como acertadamente se dice por el Fiscal, la recurrente se encontraba en posición de garante, reiteradamente apreciada en toda madre respecto de sus hijos pequeños, “por virtud de lo cual es exigible un determinado comportamiento activo para garantizar que un resultado lesivo, por obra de otra persona, no se produzca”». También la Sentencia de 15 de abril de 1997, se refiere a la posición de garante, entendiendo que la no evitación del resultado lesivo ha de equipararse a su causalidad positiva.

Cuarto. De tales hechos es responsable criminalmente la acusada Vicenta H. V., por comisión por omisión, y en relación con el delito de violencia habitual o malos tratos ejercidos sobre hijos propios, previsto y penado en el artículo 153 del Código Penal, ya que, como dice la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1996, se consuma por sus reiteraciones, finalidad perseguida y unión filial con la víctima, delito, por cierto, que fue introducido en el Código Penal de 1973, en el artículo 425, por la Ley Orgánica de 21 junio 1989. Habiendo de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, tal y, como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas. Norma penal, la aludida, creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno. Sin embargo, no puede condenarse a la acusada, como también ha interesado el Ministerio Fiscal, por el delito de lesiones más grave, cometido por su marido, el coacusado, José Manuel S. V., que produjo días antes del último de los ingresos hospitalarios citados, toda vez que la Sala sentenciadora declara como probado que, en esa ocasión, y «en los momentos finales de tan lamentables hechos, en que su marido al ir a pegar al niño, se puso en medio para evitarlo, llevándose ella los golpes dirigidos al niño». Procede, en consecuencia, estimar el recurso del Ministerio Fiscal y dictar segunda Sentencia.

(Sentencia de 26 junio 2000)

ARTÍCULO 163.4

Detención ilegal realizada por delito de abusos sexuales sin que exista denuncia previa de la víctima: delimitación con el tipo agravado del artículo 167

Segundo. 1. Se denuncia en el segundo motivo, por la vía del artículo 849.1.º LECrim, la infracción del artículo 167, por inaplicación, y del artículo 163.4, ambos del CP, por aplicación indebida.

En los hechos probados, completados por el fundamento primero de la Sentencia impugnada, se establece: a) Situación de conflicto entre los familiares de la joven Encarnación M. S. con Andrés M. C. –recurrente en esta sede– por creer que éste había abusado sexualmente de Encarnación aprovechando que le daba clases prácticas de conducir automóviles. El padre y tío de la muchacha, guardia civil y policía nacional respectivamente, acompañados por el novio de aquella, condujeron al señor M., contra su voluntad, a la Comisaría de Policía, donde fue puesto en libertad, tras prestar declaración, por la denuncia que, casi inmediatamente, presentó contra él Encarnación en la misma Comisaría. Se dice en el *factum* que ella «entró en las dependencias policiales cuatro o cinco minutos después de aquéllos».

b) El guardia civil y el policía nacional actuaron, en todo momento, como particulares despojados de cualquier signo exterior que les identificara como agentes de la autoridad y, por tanto, fuera de su función, por motivos exclusivamente particulares ajenos por completo al interés o servicio público.

c) La aprehensión y traslado a la Comisaría del presunto autor de los abusos sexuales fue ilegal porque lo hicieron, en cualquier caso, sin la denuncia previa exigida por el artículo 191 del CP.

Para la Sala *a quo* los hechos son constitutivos de un delito del artículo 163.4, que fue la calificación del Ministerio Fiscal, pero no del artículo 167, como estima el recurrente. La línea separadora entre ambos no es siempre fácil, ni la del artículo 167 con el 530 del mismo texto legal.

2. El tipo privilegiado del artículo 163.4 del CP requiere, en su faz negativa, que no se dé ninguno de los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite a los ciudadanos practicar una detención (art. 490 de la LECrim). El elemento subjetivo del injusto es factor determinante pues es un delito intrínsecamente doloso que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con el ánimo específico y finalista de presentarlo a la autoridad. El verbo rector –eje de la conducta– es aprehender, el adverbio que lo modula «inmediatamente» –novedad del Código Penal vigente de 1995– y el fin presentarlo a la autoridad. La Sala sentenciadora razona convincentemente que se dieron todos los requisitos del artículo 163.4 del Código Penal.

3. La actuación del guardia civil y del policía nacional condenados careció, en efecto, de la más mínima cobertura legal y su comportamiento fue inadmisibles pues no sólo olvidaron su misión de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 11 Ley Orgánica 2/1986, 13 de marzo) sino que los quebrantaron. Ese comportamiento fue, a todas luces, delictivo como la Sala *a quo* resolvió con sobrado fundamento, pero no incardinable, a su juicio, en el artículo 167 CP porque éste se reserva, según el fundamento primero, «para los supuestos abusivos de

la función», tipo penal que, por otra parte, es una agravación de los casos previstos en los artículos anteriores «precisamente para reprimir los abusos de la función misma».

4. En el artículo 167 del CP se tipifica un delito especial impropio, según doctrina mayoritaria y constituye un subtipo agravado de los previstos en los artículos precedentes singularmente, por lo que ahora importa, en el artículo 163.4 de suerte que, como ha entendido razonablemente la Sala *a quo*, éste era el aplicable si los agentes de la autoridad –guardia civil y policía nacional– no habían actuado, en absoluto, como tales, ni en el ejercicio de su competencia funcional pues no la tenían en el caso debatido para detener, por faltar la denuncia previa como requisito de procedibilidad, ni actuaban como tales agentes sino como simples particulares hasta tal punto que si los malos tratos que infligieron al detenido hubieran sido replicados por éste nunca hubieran podido invocar legítimamente su condición profesional porque en aquellos momentos, por su abusivo e incorrecto proceder, no lo eran en modo alguno, sino meros particulares (cfr. SSTS de 13-11-1992, 20-5-1994 y 24-6-1994).

A pesar del meritorio esfuerzo de la representación del recurrente y de su bien fundado alegato, el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 23 junio 2000)

ARTÍCULO 167

Detención ilegal cometida por policía que detiene a los que, requeridos para ello, no se identifican

Tercero. El motivo ordinalmente correlativo del recurso alega, con apoyo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de Ley causada por haberse aplicado indebidamente al caso el artículo 167 en relación con el 163.4, ambos del Código Penal. Si según la modificación de la narración fáctica de la Sentencia que el recurrente pretende, había base para que pidiera a los denunciantes se identificaran y, ante la desobediencia de éstos a hacerlo, les advirtió que serían conducidos a Comisaría, a lo que reaccionaron con insultos, entiende el recurrente que fue correcta su detención y no le eran aplicables por tanto, los artículos del Código Penal que en el motivo se mencionan.

Pero ocurre que como se ha dicho en el primero de estos fundamentos jurídicos, no hay base para cambiar el contenido del relato fáctico de la Sentencia, sino que hay que respetarlo en su integridad en un motivo, como el presente, por infracción de Ley. Y en la narración de hechos que la Sentencia ofrece tan sólo se dice que el recurrente en ocasión de los mismos, al contemplar una escena en la calle en la que se encontraban una ciudadana agachada entre unos matorrales y dos hombres que estaban atendiéndola, preguntó qué pasaba allí y a continuación les requirió a los tres para que presentaran documentación –se entiende, claro es, con la finalidad de que se indentificaran–, sin atender a que se les dieran explicaciones de lo que estaba ocurriendo. Ya la petición de identificación a unas personas antes de tener algún motivo para pensar que se estaba cometiendo o se iba a co-

meter un delito, era prematura pero aunque sólo cabe cuando sea preciso para proteger la seguridad ciudadana, aún podría ser explicable que, a través del conocimiento de documentos identificatorios de los circunstancias, se pudiera tener algún dato de que un acto ilícito pudiera estar sucediendo. Pero, incluso la no presentación de documentación por los dos hombres, siempre y cuando esa presentación fuera necesaria para impedir la comisión de un delito o falta o con el objeto de sancionar una infracción, solo debió determinar un requerimiento a ir hasta las dependencias policiales próximas con el fin de lograr la necesaria identificación, pero nunca a una detención, que, si la realiza una autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley (arts. 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y sin mediar causa por delito, determina que correctamente se aplicara el artículo 167 del Código Penal, al revestir una de las formas de los artículos precedentes, entre ellas la detención de una persona para presentarla a la autoridad, al no ser uno de los casos permitidos por las leyes, del artículo 163.4 del mismo Código. En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

(Sentencia de 12 diciembre 2000)

ARTÍCULO 169

Amenazas no condicionales: delimitación respecto a la falta homónima

Primero. (...) La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 2-2-1981, 13-12-1982, 12-2 y 30-4-1985, 11-6 y 18-11-1989 y 2-12-1992) ha caracterizado el delito de amenazas con apoyo en las normas del CP 1973, similares a las del CP 1995, por los siguientes elementos:

1) El bien jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad, y a no estar sometidos a temores, en el desarrollo normal y ordinario de su vida.

2) El delito de amenazas es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro.

3) El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio de un mal que constituye alguno de los delitos previstos en el artículo 493, contra la persona, honra o propiedad. En el NCP se amplía el catálogo de delitos, con cuya ejecución puede amenazarse a terceros. El anuncio del mal tendrá que ser serio, real y perseverante.

4) El mal que se anuncia habrá de ser futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de una natural intimidación.

5) Se trata de un delito enteramente circunstancial, en relación al cual deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores.

6) Debe concurrir finalmente en el delito un dolo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego.

La diferencia entre el delito y la falta se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes, (SSTS de 11-1 y 23-4-1977, 4-12-1981, 20-1-1981, 23-4-1990, 14-1-1991 y 22-7-1994, y de 17-6-1998).

La utilización de expresiones hiperbólicas y exageradas en el anuncio de males futuros no hace desaparecer el delito de amenazas, si es creíble, si no un mal tan grave como el que se expresa, otro inferior constitutivo de alguno de los delitos relacionados en la lista del artículo 169 del CP 1995.

Con arreglo a la doctrina expuesta, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser desestimado, puesto que los hechos cometidos por José María M. Q. el 22 de julio de 1996, descritos en el último párrafo de la narración histórica, son subsumibles en el tipo del delito de amenazas no condicionales definido en el núm. 2.º del artículo 169 del CP 1995, puesto que hubo una exteriorización verbal por el acusado de forma furiosa y desaforada, de su propósito de acabar con la vida de su esposa y de la familia de ella, y aunque tales expresiones pudieran estimarse hiperbólicas y exageradas, sí era creíble, atendidas las circunstancias antecedentes y concurrentes que se reflejan en el *factum*, una intención del acusado de agredir físicamente a su mujer M.ª de los Desamparados S. V., y de lesionarla, por lo que hay que entender que si no era creíble el propósito de matar a su mujer exteriorizado en las palabras empleadas por el acusado, sí era creíble que José María tenía intención de cometer contra ella un delito de lesiones, comprendido en la relación que contiene el artículo 169 en su apartado primero.

Al estimarse correctamente aplicado el artículo 169 del CP a los hechos imputados a José María M. Q., no cabe revisar ni revocar la pena accesoria de restricción de los desplazamientos del acusado a Valencia, que le impuso el Tribunal sentenciador, con apoyo en el artículo 57 del CP 1995, dado que entraba dentro de las facultades discrecionales del Tribunal enjuiciador la imposición o no de la pena, prohibitiva de residencia, al acusado, por ser responsable de un delito contra la libertad.

(Sentencia de 12 junio 2000)

ARTÍCULO 175

Delito contra la integridad moral: policía que innecesariamente exige identificación provocando impotencia y temor

Primero. Un solo motivo conforma el recurso interpuesto por la representación del condenado como autor de un delito contra la integridad moral para, con amparo en el artículo 849.1.º de la LECrim, denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 175 del Código Penal.

La tesis recurrente cuenta con el apoyo del Ministerio Público, el que, al igual que quien recurre, entiende, aunque no exista identidad argumental en sus plan-

teamientos, que el hecho enjuiciado no reviste la gravedad exigida para ser considerado delito, por tanto, debe ser calificado como una falta de coacciones del artículo 620.2.º del Código Penal.

Pues bien, dicha propuesta impugnativa no puede ser aceptada ya que, inalterado el relato fáctico, el respeto integral debido al mismo en razón del cauce casacional elegido, inviabiliza tal pretensión.

El argumento exculpatorio del autor del recurso de que el acusado cumplía sus funciones al identificar a quien parecía sospechoso de cometer las sustracciones denunciadas en los lugares en que prestaba su cometido no es de recibo cuando –como dice la combatida– «ha quedado acreditado que el acusado tenía perfecto conocimiento de la profesión y personalidad de quien trataba de identificar (le llamé por su apellido) y, curiosamente, tres días después debía acudir como denunciado a un juicio de faltas que había de celebrarse en un Juzgado de Instrucción de esta ciudad, en el cual el abogado de la parte denunciante (la esposa del acusado) iba a ser, con toda seguridad, la persona cuyo “aspecto” levantaba sospechas e hizo exacerbar al acusado su celo policial».

La afirmación de dicho comportamiento aparece sustentada en las declaraciones de los policías municipales que prestaron testimonio en el Plenario y a las que hace expresa referencia la resolución recurrida en una irreprochable exposición valorativa de su contenido que, por una parte, acredita la innecesariedad de la actuación del acusado y, de otra, la constatación exacta de las dosis de matización que otorga el principio de inmediación como componente insustituible que la instancia incorpora con exclusividad al ejercicio de la función jurisdiccional.

De suerte que si la rectificación de la percepción así obtenida y trasladada al *factum* sólo puede conseguirse en supuestos de clamorosas equivocaciones evaluadoras o flagrantes errores estimativos de la prueba y éstas están ausentes en el caso que ahora se analiza, no cabe sino concluir con el rechazo de lo postulado en el recurso, dado que los hechos relatados revisten categoría delictiva ante la trascendencia que ofrecen, tanto por el específico abuso de las funciones que el condenado detentaba como agente de la autoridad, ejerciéndolas innecesariamente y por razones particulares, como por la forma en que se exteriorizó públicamente dicho comportamiento, el conocimiento previo y preciso que el acusado tenía de la identidad y profesión del sujeto pasivo de tan expeditiva y vejatoria actuación y el efecto producido en el ánimo de aquél, ya que –según la literalidad del *factum*– provocó «sentimientos de impotencia y temor a la conducta que el acusado podría desarrollar en el futuro habida cuenta de los procedimientos en marcha». Concomitantes consecuencias que privan de fundamento a las invocaciones referidas el principio de proporcionalidad o de intervención mínima y consolidan la decisión condenatoria del Tribunal Provincial.

Segundo. Por otra parte y aun cuanto la respuesta jurisdiccional que en este trance merece la postulación recurrente pudiera tenerse por agotada con las consideraciones precedentes, la diferencia argumental –expuesta en documentado informe– que, no obstante perseguir idéntico objetivo, ofrece el apoyo prestado por el Ministerio Público, exige, en correspondencia con su estructura y contenido, la formulación de algunas reflexiones al respecto.

Al margen de las críticas que desde la perspectiva de una ortodoxa técnica legislativa merece la sistemática, epigrafiado y contenido del Título VII del Código Penal en el que se ubica el que se invoca como infringido artículo 175, no cuestionamos la justificación de la opción legislativa a la que aquél se acomoda en tan-

to que su última razón de ser responde a la necesidad de rellenar una secular imprevisión normativa generadora de un vacío de protección frente a agresiones o actuaciones arbitrarias de funcionarios o autoridades no acompañadas de lesión para las que, en ocasiones como la presente, dada la especificidad del ataque a la probidad moral de la víctima, circunstancias periféricas de la acción y la cualificación profesional de los sujetos activo y pasivo, la calificación como falta resultaría insuficiente.

Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los europeos de 1950 y 1987, y de las Naciones Unidas de 1984 y la Universal de 1948, y en el artículo 15 de la Constitución Española, permiten, a nuestro entender, acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta —como manifestación directa de la dignidad humana— comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutado por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el artículo 174 predisponga, fuerce o compela al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y, concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas sus circunstancias. En su consecuencia, ratificamos la anunciada desestimación del recurso.

(Sentencia de 6 abril 2000)

ARTÍCULO 178

Diferencia entre el tipo básico de agresión sexual (art. 178) en grado de consumación y el agravado del artículo 179 en grado de tentativa

Cuarto. (...) Frente al tipo básico de agresión sexual del artículo 178 consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, comprensiva por su carácter abierto de cualquier acción así valorable, el artículo 179 integra un subtipo agravado por el mayor desvalor que representan los actos concretos que en él se describen, entre ellos la penetración bucal. Su comisión precisa el inicio de un comportamiento material de carácter ejecutivo de tales actos sin que baste la mera exteriorización verbal de la resolución criminal. Por otra parte el solo propósito de realizar con la víctima ese determinado acto de ma-

yor desvalor manifestado cuando el sujeto con otros actos ya está atentando contra su libertad sexual no supone dar comienzo ejecutivo a la agresión del subtipo agravado si la agresión material que de hecho con aquéllos ya está cometiendo no aparece inequívocamente dirigida en natural progresión a la realización de cualquiera de los actos del subtipo agravado.

El hecho probado refleja una agresión sexual consistente en tocar el pecho de la víctima venciendo su voluntad contraria mediante el uso de la fuerza, atentando así contra su libertad sexual mediante un comportamiento no integrado en el subtipo agravado. El que al mismo tiempo el acusado –tal y como afirma el hecho probado, de inexcusable respeto en este cauce casacional– manifestara verbalmente a la víctima, mientras la tocaba, su deseo de que ésta le practicara una felación, rechazada en todo momento por ella, no sitúa la conducta del acusado en el ámbito del subtipo agravado, sino que la mantiene en la esfera del tipo básico apreciable como consumado por razón de los tocamientos corporales realizados, ya que no aparece en el *factum* de la Sentencia que además iniciara el recurrente ningún otro comportamiento material encaminado precisamente a lograr la penetración bucal, esto es que a tal fin pusiera en práctica su manifestado propósito fuera del tocamiento del pecho de la víctima. Por lo tanto el delito cometido fue el del tipo básico de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal en grado de consumación y no el del artículo 179 en grado de tentativa. El motivo por tanto debe ser estimado.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

Inexistencia de un elemento subjetivo del injusto (ánimo lúbrico) en el delito de agresión sexual. El dolo supone el conocimiento de que realiza una acción sexual contra la voluntad del sujeto pasivo

Tercero. (...) 1. En los hechos probados se establece que el recurrente tenía una leve disminución del control de sus impulsos a consecuencia de un retraso mental leve y que actuó emocionalmente desestabilizado por una reciente ruptura sentimental. Estas circunstancias del autor, no impugnadas en el recurso, no permiten excluir el elemento subjetivo del delito del artículo 179 CP. En efecto, este delito no requiere un especial elemento subjetivo consistente en un «ánimo libidinoso», diverso del dolo. Es suficiente con que el autor haya sabido que realizaba una acción sexual contra la voluntad del sujeto pasivo, con el propósito de lograr, mediante violencia, el acceso carnal. Este conocimiento no se ve afectado por ninguna de las circunstancias que pueden excluir o disminuir la capacidad de culpabilidad. Como es sabido, la responsabilidad penal se estructura, en los conceptos que ha establecido nuestra jurisprudencia, sobre la distinción entre la voluntad de realización y la dirección de los impulsos de acuerdo con las normas. El dolo del delito pertenece a la primera categoría y no resulta, por lo tanto, afectado por la exclusión o la disminución de la capacidad de culpabilidad.

2. En lo concerniente a la aplicación del artículo 20.3 CP se debe señalar que en los hechos probados no han sido descritas circunstancias individuales del acusado que permitan afirmar que padece desde el nacimiento una grave alteración de

la conciencia de la realidad. Es indudable que los presupuestos psíquicos de esta exigente no se dan, cuando sólo se padece una leve disminución del control de los impulsos.

(Sentencia de 7 junio 2000)

Requisitos de la agresión sexual: beso lingual a niña de 7 años sujetándola de cuello y hombros

Primero. El primer motivo del recurso de casación de Pedro G. M. se formuló al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por aplicación indebida de los artículos 178 y 180.3.º del CP, y por no aplicación del artículo 181.3.º del mismo Cuerpo Legal.

Estima el recurrente que, ponderadas las circunstancias que rodearon los hechos de autos, no cabe apreciar que concurriera violencia o intimidación, caracterizadoras de la agresión sexual, dado que el lugar donde ocurrieron los mismos era público y frecuentado por otras personas, y tales hechos sucedieron en una hora en que había plena luz del día. La testigo presencial doña María Ángeles T. M., según recoge la Sentencia, oyó desde corta distancia todo lo que sucedía. Se estima en el motivo que no existió ocultación de lo que realizaba por parte de Pedro G. M., ni tampoco medió violencia, que no era necesaria por ser el acusado una persona adulta, y tener la víctima siete años, por lo que únicamente cabe apreciar una situación de superioridad del acusado respecto a la menor, debiendo además tenerse en cuenta que la víctima conocía a Pedro, según su propia versión de los hechos, por ser el padre de una amiga suya. Destaca el recurrente que ha de tenerse en cuenta para ponderar los hechos la personalidad alcohólica de Pedro, y hace constar como dato acreditativo de la poca gravedad de la acción de Pedro, el que la mujer que le sorprendió al acusado y a Elena, permitiese que ésta regresase a la casa de su madre, acompañada por una amiga de la edad de la niña.

Por ello, en suma, concluye el recurrente que hubiera resultado más ajustado a Derecho la aplicación del tipo básico del artículo 181.3.º del CP, siendo también más ajustada la pena a imponer con arreglo a tal precepto (multa de seis a doce meses), si se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas.

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo, por considerar que no respetaba los hechos probados, como era obligado en el cauce procesal utilizado, siendo improcedentes, dada la vía casacional empleada, las valoraciones probatorias que se realizan en el motivo, que debía haberse atendido rigurosamente al relato histórico de la Sentencia.

En realidad, en el motivo no se cuestionan las conclusiones fácticas de la Sentencia recurrida sino que se censura la aplicación del Derecho que en la misma se verifica, por entender que dadas las circunstancias concurrentes, el comportamiento de Pedro G. M. debería haberse estimado integrante de un delito de abuso sexual del artículo 181.3.º del CP, y no del delito de agresión sexual del artículo 178, apreciado en la Sentencia.

Esta Sala, en Sentencias de 23-2 y 12-7-1990, 16-4 y 22-12-1991, 12-3, 19-5 y 22-7-1992, 23-4-1993, 5-2-1994, 27-1-1997, en relación al tipo de agresión sexual

configurado por la Ley Orgánica 3/1989, de 21-6, en el artículo 430 del CP derogado, ha estudiado los elementos integrantes del delito, consistentes en: *a)* un requisito objetivo, que estriba en la acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona; *b)* un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva o deshonesto; y *c)* el elemento consistente en la vulneración de la libertad sexual de la víctima ya por emplearse violencia e intimidación contra ella, ya por ser menor de doce años o estar enajenada o privada de razón o sentido.

En el nuevo Código, sólo integra delito de agresión sexual la vulneración de la libertad sexual por violencia e intimidación, constituyendo delitos de abuso sexual los supuestos de aprovechamiento de la menor edad de trece años, de trastorno mental o privación de sentidos de la víctima.

Esta Sala, en Sentencias de 16-7-1993 y de 14-5-1997, ha considerado que el beso en la boca integra una acción lasciva subsumible en el tipo de agresión sexual.

Se ha perfilado por esta Sala también los elementos integrantes de la violencia, en Sentencias de 18-10-1993 y 28-4, 21-5-1998, y en la Sentencia de 7-10-1998, estimando que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima.

Tratándose de víctimas menores de trece años, será apreciable violencia si la acción libidinosa se realiza contra la voluntad del menor y como imposición de la misma por la fuerza, máxime si el acto lascivo tiene efecto vulnerante o causante del dolor o de rechazo físico en el cuerpo del mismo o de la niña agredida.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, el motivo debe desestimarse, puesto que concurrieron en los hechos los elementos caracterizadores de la agresión sexual, puesto que hubo una acción lasciva, consistente en el beso lingual dado por Pedro G. M. a la menor Elena V. B., movido por una indudable intención libidinosa, exteriorizada en las palabras del acusado, al decirle a la niña que iba a darle un beso de amor, y medió violencia, en la sujeción de la menor por el cuello y hombro, y en el beso dado seguidamente con introducción de la lengua en la boca de la niña, lo que determinó un rechazo físico de Elena, y le provocó llanto y vómitos.

(Sentencia de 4 septiembre 2000)

ARTÍCULO 179

Autonomía de las agresiones sexuales: ruptura de la acción natural y vulneración distinta del bien jurídico protegido

Tercero. El segundo de los motivos, por la vía del artículo 849.1 LECrim, aduce indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal en relación con los artículos 178 y 179 del mismo Texto.

El hoy recurrente es condenado, entre otros, como autor de un delito continuado de agresión sexual integrado, a su vez, por dos delitos de agresión sexual del artículo 179 y uno del artículo 178 CP 1995 (fundamento de derecho cuarto).

La vía casacional elegida exige el escrupuloso respeto de los hechos probados. En el apartado D) se describen las tres acciones realizadas por el procesado, ciertamente en un breve lapso espacio-temporal, pero suficientemente independientes y autónomas para entender la existencia de tres agresiones a la libertad sexual del ofendido y no una pluralidad de acciones constitutivas de un solo atentado contra la misma (unidad de hecho), es decir, la concurrencia de un dolo unitario integrado por varios hechos naturales, que deben valorarse como uno solo, como pretende el hoy recurrente. Ello no es sólo consecuencia de la imputación de dos tipos diferentes, los del artículo 179 y del artículo 178 ya referidos, sino de la propia valoración jurídica de lo sucedido. En primer lugar, el ofendido es llevado mediante violencia a «una zona de obras existentes en aquel lugar», y, ante la amenaza de clavarle una navaja, aquél es obligado a practicar una felación al hoy recurrente. En segundo lugar, con igual amenaza, le hizo correr «hasta la parte trasera de la piscina Las Palmeras», donde, después de golpearle, le obligó «a bajarse los pantalones penetrándole con su pene por el ano». En tercer lugar, «a continuación le obligó a tumbarse en el suelo y a masturbarlo, volviéndolo a golpear con los puños en la cara y patadas en el estómago, intimidándole con exigencias de dinero y con que “lo abriría en canal” si contaba lo ocurrido».

Esta Sala (STS de 15-2-1997) ha apreciado la unidad natural de acción «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha», es decir, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación y contexto. Sin embargo, lo descrito más arriba no es equiparable a este supuesto si tenemos en cuenta no sólo la ruptura de la acción natural, sino la vulneración, ciertamente repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido mediante la ejecución de acciones determinadas por un dolo similar pero reproducido en cada uno de los casos. Por ello su calificación responde a las exigencias del delito continuado, acciones sucesivas que integran un tipo independiente cada una enlazadas por el nexo propio de la continuidad.

Por todo ello este motivo debe ser también desestimado.

(Sentencia de 4 abril 2000)

ARTÍCULO 180.3

Si la edad de la víctima ya fue valorada para apreciar la intimidación del tipo básico del 178 no puede volver a considerarse para integrar el tipo agravado del 180.3, por así prohibirlo el artículo 67 CP

Segundo. El tipo básico de las agresiones sexuales, artículo 178 CP, aplicado en el presente caso, vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación hace mención, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, y por ello afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, que constituye el

fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. La circunstancia personal relativa a la edad de la víctima, por ello, resulta en principio irrelevante. Desde esta perspectiva no cabe establecer necesariamente una relación directa entre violencia o intimidación y edad.

El subtipo agravado, concretamente el comprendido en el apartado 3.º del artículo 180 CP, cuya inaplicación denuncia el Ministerio Fiscal, prevé la agravación de la pena «cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». De lo anterior se deduce que el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual. Por ello el legislador hace referencia a la especial vulnerabilidad de aquélla subordinándola, por exigencias del principio de legalidad, a las circunstancias referidas, las dos primeras personales, edad y enfermedad, y la tercera de naturaleza mixta, cual es la situación en que se encuentre.

Siendo ello así podrá concurrir la agravante específica, subtipo agravado en el presente caso, supuesto que la edad de la víctima haya sido tenido en cuenta para valorar la intensidad de la intimidación, como razona la Sentencia de la Audiencia, si la persona resulta especialmente vulnerable además por la concurrencia de otras circunstancias que se sientan alternativamente por el legislador, como es la enfermedad o situación, de forma que del sustrato fáctico no se deduciría superposición de hechos respecto de los cuales se aplica doblemente la misma circunstancia agravatoria (ver al respecto la Sentencia de este Alto Tribunal de 12-2-1998, traída a colación por el Ministerio Fiscal en su escrito de formalización del recurso).

Efectivamente, la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 CP (antiguo art. 59), despliega la aplicación del principio *non bis in idem*, proscribiendo la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo base.

(Sentencia de 5 abril 2000)

ARTÍCULOS 181.2 Y 3

No existe abuso sexual abusando de trastorno de la víctima cuando ésta es una mujer con adaptación social no satisfactoria pero con grado de adaptación familiar, de salud y profesional adecuado, no pudiendo considerarse trastorno el carácter introvertido, tímido e inseguro. Tampoco existe prevalimiento para que la víctima consienta cuando ésta accede a tener relaciones sexuales con varón por concebir que el adulto representa una figura de autoridad a la que hay que respetar y obedecer

Único. El primer motivo del recurso se apoya en el artículo 849.1.º LECrim. La Defensa sostiene que el artículo 182, en relación con el 181.1.º CP, ha

sido aplicado indebidamente, pues en los hechos probados se declara que la víctima prestó su consentimiento para la relación sexual. De todos modos se admite en el recurso que los hechos probados permitirían la aplicación del artículo 181.3.º CP. Estima la Defensa que «no se puede afirmar, ni la Sentencia lo afirma, que la víctima padezca tan bajo nivel intelectual, tal falta de raciocinio o discernimiento (...) que la priven de todo freno inhibitorio o que la hagan incapaz de valorar el alcance de sus actos».

El motivo debe ser estimado.

La Audiencia afirma en la Sentencia recurrida que «en las circunstancias que hemos declarado probadas, sencillamente es imposible que existiera consentimiento libre, válido y eficaz», pues «de la indudable amistad que sostenían sus familias y ellos mismos no se pasó a una relación de enamoramiento». Asimismo considera que «el mantenimiento de la relación a lo largo de dos años, lejos de ilustrar sobre la realidad del consentimiento, refleja la angustia, la impotencia, el sentimiento de sumisión, que en definitiva debió vivir Noemí durante ese largo período de tiempo». «En definitiva –concluye el Tribunal de instancia– no existió una relación deseada e interesada por ambas partes, en un contexto de enamoramiento».

Estas consideraciones no pueden ser compartidas por la Sala, pues en ningún caso el consentimiento que excluye la tipicidad del delito del artículo 181 CP debe tener su razón de ser en un estado de enamoramiento, cuyas características psicológicas, por otra parte, son de una imprecisión total. En principio la motivación del consentimiento es irrelevante, si el motivo no ha sido creado por el sujeto activo mediante engaño o coacción. Aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto. En este sentido, la doctrina, que en tiempos anteriores, muy probablemente bajo la influencia del derecho francés, tuvo dudas respecto de la admisión de una causa excluyente de la punibilidad no reconocida con carácter general en el catálogo de eximentes del artículo 20 CP, nunca vio dificultades en admitir el efecto eximente del consentimiento, en aquellos casos en los que el tipo penal requiere que el autor haya obrado contra el consentimiento o sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Respecto del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual, el valor excusante del consentimiento del sujeto pasivo no ofrece dudas, pues el legislador ha establecido, de todos modos, dos circunstancias que lo excluyen: por un lado la incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2.º CP), y por el otro la coacción en la obtención del consentimiento, derivada del prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta, que «coarte la libertad de la víctima» (art. 181.3.º CP).

A partir de estas consideraciones es claro que el presente caso no es subsumible bajo la variante típica del artículo 181.2.º CP, toda vez que la joven es mayor de trece años, no se hallaba privada de sentido ni padecía un trastorno mental, que permitiera excluir su libertad de decisión. El carácter introvertido, tímido, inseguro y retraído, en el que la Audiencia se apoya para subsumir los hechos en el artículo 181.2 CP, no puede ser considerado como un trastorno mental, capaz de excluir la capacidad de comprender la situación que se consiente. El concepto de trastorno mental, mencionado en la citada disposición, debe ser entendido como

una perturbación de facultades mentales que pueda eliminar alguno de los elementos de caracterizan el consentimiento eficaz. En este sentido, en la doctrina se considera que el consentimiento eficaz requiere capacidad de comprender qué se consiente, que no haya existido error y que sea anterior a la realización de la lesión del bien jurídico consentida. De estos requisitos en la presente causa sólo importa el referente a la capacidad de comprender la situación en cuyo marco se expresa el consentimiento y el alcance del mismo. Desde esta perspectiva, y haciendo uso de las facultades que le acuerda el artículo 899 LECrim, la Sala ha podido comprobar que en las actuaciones existen tres informes psicológicos. En ninguno de ellos se hacen constar verdaderos trastornos mentales ni insuficiencias intelectuales que no permitieran a la joven tomar una decisión sobre la base de su comprensión, limitándose las profesionales que los suscriben a señalar ciertas particularidades de la personalidad de la joven, así como dificultades de conducta vinculadas a la pérdida de su madre y al desconocimiento de su padre. En particular en el informe de la perito designada de oficio se señala que «su adaptación social no es satisfactoria, y lo mismo ocurre en el área emocional». Pero, al mismo tiempo dice que «el grado de adaptación en los sectores familiar, salud y profesional, es perfectamente normal y adecuado» y que «realiza las mismas actividades que cualquier chica de su edad y sus gustos y aficiones son completamente normales». Resulta claro que ninguno de los informes ha excluido la capacidad de la joven para valorar la situación en la que expresaba su consentimiento en la forma de tolerancia de la relación mantenida con el acusado.

La subsunción del hecho bajo el supuesto de abuso sexual mediante prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad del sujeto pasivo (art. 181.3 CP), no ha sido tenida en cuenta por la Audiencia, aunque fue la base de la acusación formulada por el Fiscal. Este prevalimiento requiere en todo caso la exteriorización de un comportamiento coactivo. Por tales razones se debe analizar aquí si concurren los elementos que permitirían aplicar el artículo 181.3 CP. El prevalimiento es entendido en la jurisprudencia de esta Sala como el abuso de una situación de superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo. Es en este sentido en el que, entre otras situaciones, se ha considerado como situaciones de superioridad tanto la amistad entre las familias del autor y de la víctima como la diferencia de edad entre ambos sujetos del delito. Sin embargo, la comprobación de estas circunstancias, por sí solas, no exime de la verificación de sus efectos sobre la libertad de decidir en el caso concreto. En el presente caso, el Tribunal de instancia afirma en los hechos probados que el acusado tuvo acceso carnal con la joven «sin emplear violencia ni intimidación» y que ésta «accedió a la solicitud (del acusado) en función de los rasgos de carácter» que le hacían concebir que «un adulto (...) representaba una figura de autoridad a la que había que respetar y obedecer, a la que no se podía oponer y en quien en definitiva confiaba». Si los hechos son éstos, es claro que lo que coartaba la libertad de la joven no era la acción del acusado, sino, en todo caso, su propia configuración caracterológica. Si ésta, como se vio antes, no puede ser considerada como una perturbación de las facultades mentales del sujeto pasivo, parece que no existe la seguridad que se requiere para poder afirmar que el acusado abusó de su posición respecto de una joven, que no recibió ninguna contrapartida por tolerar la situación, no fue objeto de ninguna amenaza, ni siquiera más o menos encubierta, ni fue privada en ningún momento de la posibilidad de evitar los encuentros en los que, durante más de dos años, mantuvo frecuentes relaciones sexuales completas con

aquél. En este sentido, el Tribunal *a quo* no ha tenido en cuenta que las relaciones duraron más de dos años y que durante este tiempo la joven parece haber tenido una evolución normal y que esto le hubiera permitido, en cualquier momento anterior al descubrimiento de la situación, interrumpir unas relaciones en las que —como ya hemos señalado— no hubo contrapartidas ni ningún género de coacciones. Por otra parte, el Tribunal *a quo* no ha explicado en la Sentencia cómo llegó a la conclusión de que el estado psicológico de la joven, comprobado después del momento en el que éstos adquieran publicidad en el núcleo familiar, proviene de lo insoportable que eran para ella tales relaciones y no del natural sentimiento de culpabilidad que muy probablemente debía producir el descubrimiento de su infracción de ciertos deberes de lealtad entre los componentes de un grupo unido por una amistad estrecha.

Como es lógico, el segundo motivo del recurso carece ya de toda practicidad, una vez estimado el primero.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, respecto de la Sentencia recaída en el recurso de casación 2881/1998, interpuesto por Miguel P. G., contra la dictada por la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 13 de mayo de 1998.

Primero. Mi respetuosa discrepancia con el parecer de mis compañeros se concreta en estimar que el recurso debió ser acogido sólo parcialmente, absolviendo efectivamente al acusado como autor del delito continuado de abuso sexual sin consentimiento del artículo 181.1.º en relación con el artículo 182, objeto de condena en la Sentencia impugnada, pero condenándole por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento del artículo 181.3.º, en relación con el artículo 182, ambos del Código Penal de 1995.

Segundo. La Sentencia mayoritaria reconoce en el fundamento jurídico primero que la propia parte recurrente «admite en el recurso que los hechos probados permitirían la aplicación del artículo 181.3.º del Código Penal». En efecto nos encontramos, a mi entender, ante un supuesto paradigmático de abuso sexual de una menor prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima. La desproporción de edad, experiencia vital, posición social y familiar y madurez psíquica, es tan notoria que necesariamente reclama la tutela penal de la menor frente al abuso manifiesto de que ha sido objeto.

Tercero. Como señala la Sentencia de 14 de febrero 2000, el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente la redacción del abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión anterior «prevaleándose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaleándose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su evidente posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Cuarto. Esta delimitación más precisa no implica, por tanto, que el abuso sexual con prevalimiento exija, como sostiene la Sentencia mayoritaria, «en todo caso la exteriorización de un comportamiento coactivo», pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la manifiesta situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo, sin necesidad de que se constate expresamente la «exteriorización de un comportamiento coactivo».

Quinto. Como se ha señalado concurren en el supuesto actual una serie de factores que delimitan un caso paradigmático de abuso sexual de menor concurriendo prevalimiento; la víctima es menor, huérfana, acogida como pupila por la familia de sus tíos, tiene un carácter tímido, inseguro y retraído, manifiesta sentimientos de inferioridad y fuerte dependencia de los adultos, exteriorizaciones conductuales de sumisión al mandato de los mayores y falta de iniciativa para tomar decisiones por sí misma, como se declara expresamente probado en la Sentencia de instancia, es decir se trata de una joven de quince años especialmente inmadura e inestable.

El acusado, de 41 años, casado, con hijos, era un íntimo amigo de los tutores de la joven, amistad familiar entre ambos matrimonios que determinaba un estrecho contacto y conocimiento de la menor, siendo vecinos y «compartiendo ambos matrimonios y sus hijos, en común, los espacios temporales ordinarios de sueto y descanso, los viajes de vacaciones, frecuentando ambas familias indistintamente el domicilio de la otra». Precisamente esta íntima amistad familiar fue lo que determinó que los tutores de Noemí consintiesen confiadamente en que el acusado la llevase al colegio por las tardes en su furgoneta, y fue durante esos viajes cuando se produjeron los accesos carnales, por indicación del acusado y sin necesitar violencia ni intimidación, «accediendo la joven a la solicitud de Miguel P. en función de los rasgos de carácter, comportamiento, sentimiento y actitud hacia el mundo de los mayores (...) que veía en un adulto como el acusado una figura de autoridad a la que había que respetar y obedecer, a la que no se podía oponer y en quien, en definitiva, confiaba», según se expresa en el relato fáctico de la Sentencia de instancia, que añade que el acusado «realizó la penetración, consciente plenamente de la situación emocional y adaptativa a su entorno de Noemí, utilizando la situación privilegiada que en tales circunstancias le proporcionaba su calidad de adulto, la intensa relación mantenida con la familia de Noemí y con ella misma, así como el conocimiento de los rasgos caracterizadores del subjetivismo y la exteriorización conductual de Noemí A.».

Con estos antecedentes fácticos es claro que existen suficientes factores para apreciar la concurrencia objetiva de una situación de superioridad manifiesta que coartaba la libertad de la víctima:

a) En primer lugar la menor de edad de la joven, por debajo del umbral de los dieciséis años necesitado de una mayor tutela (ver art. 183 del Código Penal 1995).

b) En segundo lugar la notoria diferencia de edad (más de 25 años) que proporcionaba al acusado, de 41 años, la madurez y experiencia necesaria para aprovechar la ingenuidad de la menor.

c) En tercer lugar la especial inmadurez psicológica y afectiva de la víctima, descrita en el relato fáctico, que acentuaba su inferioridad.

d) Por último, la posición relevante de autoridad que proporcionaba al acusado su condición de íntimo amigo de los tutores de la menor, y su cotidiana relación con la familia, que le situaba en un nivel más elevado, con el ascendiente sobre la menor derivado de la confianza y el respeto que le otorgaban sus tutores.

En definitiva concurren los dos factores básicos criminológica y penalmente característicos del abuso sexual de menores: la notoria asimetría de edad y el abuso de poder o de posición dominante.

Sexto. La Sentencia mayoritaria descarta la concurrencia de prevalimiento por estimar, en primer lugar, que no consta la «exteriorización de un comportamiento coactivo», exteriorización que no requiere el tipo, como ya se ha expresado.

En segundo lugar por entender que «lo que coartaba la libertad de la joven no era la acción del acusado sino su propia configuración caracteriológica», criterio que no se puede compartir, pues el tipo no requiere que sea el acusado quien cree la situación de desequilibrio o manifiesta inferioridad, sino que ésta concorra objetivamente y que el acusado la conozca y se aproveche de ella, lo que consta suficientemente en el caso presente.

En tercer lugar se añade que la relación sexual con la menor se prolongó durante dos años, sin que la joven se opusiese a los sucesivos encuentros, pero esto no descide en absoluto la concurrencia del abuso delictivo, pues precisamente este tipo de conductas abusivas de menores se penalizan para proteger la normal evolución y desarrollo de su personalidad. Se abusa porque se aprovecha la falta de capacidad del menor para su autodeterminación sexual, y una vez iniciada la relación sexual desproporcionada, no es fácil para el menor liberarse de la influencia del adulto. Es por ello por lo que el legislador ha establecido que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiecen a correr hasta el día en que la víctima alcanza su mayoría de edad.

La continuidad de la relación durante un período en que la víctima seguía siendo menor, no excluye la concurrencia inicial y el influjo continuado del prevalimiento, reforzado precisamente por la propia relación sexual que crea una dependencia afectiva y un lazo secreto entre la menor y el abusador, de difícil salida para la menor y originador generalmente, como aquí sucedió y se constata en el relato fáctico, de perniciosas consecuencias psicológicas (ansiedad, depresión, disminución del rendimiento escolar, pérdida de autoestima, etc.).

En definitiva, la adecuada tutela del libre desarrollo de la personalidad de los menores frente al abuso sexual, debió determinar, a mi entender, una Sentencia en cuya parte dispositiva se condenase al acusado como autor de un delito continua-

do de abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal reiterado, a la pena de cuatro años de prisión, con la responsabilidad civil expresada en la Sentencia de instancia (indemnización de cinco millones de ptas. a la perjudicada).

(Sentencia de 16 mayo 2000)

ARTÍCULO 181.3

Prevalimiento: elementos. No se aprecia superioridad en acceso carnal de tío de 24 años con sobrina de 14 pertenecientes a etnia gitana

Único. La Sentencia recurrida condenó a Rafael M. C. como autor de un delito de estupro de prevalimiento previsto en el artículo 434.1 CP 1973. Tenía veinticuatro años de edad cuando invitó en Écija, a las puertas de una discoteca, a una sobrina suya de 14 años, M.^a del Carmen E. C., a que le acompañara en su coche, la llevó a un descampado y allí tuvieron acceso carnal. Luego se desplazaron a Moguer (Huelva) y a la noche siguiente fueron los dos a Alcolea del Río donde pernoctaron en casa de los padres de él hasta que, al otro día, la recogieron allí sus familiares.

Se le impuso la pena de dos años y cuatro meses de prisión menor y recurrió en casación por un solo motivo, amparado en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, en el que se alega infracción de ley, por aplicación indebida al caso del artículo 434.1.º.

Ha de estimarse este motivo único del recurso.

Del propio texto del artículo 434 se deduce que para este delito conocido como estupro de prevalimiento se precisan los siguientes elementos:

1.º Acceso carnal en el amplio sentido con que este concepto aparece en los últimos años en nuestros Código Penal.

2.º La víctima de tal acceso carnal ha de ser una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, requisito suprimido en el CP ahora en vigor (arts. 181.3 y 182 CP 1995).

3.º El sujeto activo ha de encontrarse en una relación o situación de superioridad, originada por cualquier causa. Este elemento constituye la razón de ser de esta infracción penal que tiene como bien jurídico protegido la libertad sexual que aparece aquí limitada en cuanto que el sujeto pasivo, precisamente por esa relación o situación de superioridad, tiene coartada su capacidad de libre decisión, como ahora expresamente dice el citado artículo 181.3 CP actual.

4.º El autor del hecho ha de prevalerse o aprovecharse de esa superioridad para tener el mencionado acceso carnal.

En el caso presente no cabe duda de que concurrieron esos dos elementos primeros, pues hubo acceso carnal con una adolescente que a la sazón tenía 14 años de edad.

La Sentencia recurrida (fundamento de derecho 1.º, último párrafo) afirma la concurrencia también de los otros dos últimos deduciendo esa relación de superioridad, y el consiguiente prevalimiento de dos datos: 1.º «La amistad familiar y parentesco». 2.º «La notable diferencia de edad».

Hemos reclamado del Tribunal sentenciador los autos al amparo de lo permitido en el artículo 899 LECrim, los hemos examinado y así hemos podido precisar una serie de circunstancias de lo ocurrido que conviene resaltar aquí a fin de poner de manifiesto que en el caso no existió esa relación o situación de superioridad cuyo prevalimiento constituye el verdadero fundamento de la figura de delito por la que la Audiencia condenó:

A) Rafael, que tenía 24 años, estaba casado con María C. N., hermana de M.^a del Carmen C. N. (acusadora particular en la instancia), madre de M.^a del Carmen E. C., la pretendida víctima de estos hechos. María C. declaró en el sumario que tiene tres hijos de Rafael habiendo vivido todos juntos en Écija en una chabola de donde se trasladaron a una pensión que les pagaba el Ayuntamiento, hasta que, una semana antes de los hechos de autos, el matrimonio discutió por problemas familiares, lo que motivó que Rafael se marchara con su hijo mayor a Alcolea del Río a vivir con su familia.

B) Los familiares de Rafael y M.^a del Carmen pertenecen a la etnia gitana, que tiene como una de sus costumbres características la precocidad en sus relaciones de noviazgo y matrimonio: hemos dicho antes cómo Rafael con 24 años ya se encontraba casado y tenía tres hijos, y ahora añadimos que M.^a del Carmen, cuando ocurrieron los hechos aquí enjuiciados, pese a su corta edad (14 años) hacía ya seis meses que tenía un novio, según ella misma declaró en el acto del juicio oral.

C) El contacto concreto entre los dos, para el posterior acceso carnal que ha motivado la condena aquí recurrida, se produjo a las puertas de una discoteca donde ambos habían acudido a divertirse.

Tal conjunto de circunstancias nos induce a pensar que en el caso no existió esa superioridad por la que la Audiencia condenó a Rafael. Veamos por qué.

Tanto el lugar de encuentro, la discoteca, como el parentesco del que no se derivaba ninguna relación de jerarquía familiar, ni siquiera de convivencia, nos hacen pensar en una relación de igual a igual.

Y por lo que se refiere al dato de la edad, aunque la diferencia es importante (24 y 14 años), por sí sola carece de relevancia a los efectos de constituir esa relación de superioridad. Unida a otra u otras circunstancias (por ejemplo, que el autor del hecho sea autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, como decía el artículo 434, ahora aplicado, en su primitiva redacción), podría servir para la aplicación al caso de este delito. Pero no en el supuesto presente, en el que el resto de los datos que conocemos nos conducen a la realidad de una relación de mera amistad sin que haya el más leve indicio de que quien aparece en la acusación como víctima actuara con su libertad sexual coartada en el acceso carnal por el que Rafael fue condenado en la instancia.

La conclusión ha de ser, pues, la estimación del recurso: los hechos probados no nos describen la situación o relación de superioridad exigida para el delito del artículo 434.1 CP 1973. No existió el delito de estupro de prevalimiento por el que la Audiencia condenó.

(Sentencia de 3 enero 2000)

No constituye prevalimiento el aturdimiento de la víctima por ingesta de alcohol, ni que el acusado sea primo de la madre de aquélla, ni que tenga 12 años más que la misma

Quinto. El primer motivo que examinaremos de los formulados por el acusado, es aquel que denuncia infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del artículo 181.1 y 3 CP y que, en síntesis, viene a decir que el estado de aturdimiento en que, según los hechos probados, se encontraba Elena por la previa ingesta de bebidas alcohólicas no integra la situación de prevalimiento que establece el artículo 181.3 aplicado por el Tribunal *a quo*, y que, por consiguiente, la relación sexual efectuada carece de relevancia penal.

El motivo, que viene expresamente apoyado por el Fiscal, debe ser estimado. En efecto, examinada la motivación jurídica de la Sentencia recurrida, observamos que el Tribunal de instancia fundamenta su decisión de que el consentimiento de la joven lo obtuvo el acusado prevaleándose de una situación de superioridad manifiesta en distintos elementos, a saber: la diferencia de edad entre los protagonistas del evento, la relación de parentesco entre ambos, el engaño y los ardidés que utilizó el acusado para llevar a la mujer a la tienda y, por último, la ya citada situación de aturdimiento de ésta.

Desde luego, la diferencia de edad no configura en este supuesto la situación de superioridad manifiesta que exige el artículo 181.3 CP. No sólo porque tal diferencia (18 años Elena y 30 Adolfo) no es significativa, sino porque la de la mujer en particular impide aceptar que dicha diferencia concediera al acusado una posición de dominio tan intenso como requiere el precepto. A lo que cabe añadir, como acertadamente subraya el Ministerio Público, que en la legislación precedente se descartaba la aptitud de un sujeto mayor de 18 años para ser víctima de estupro con prevalimiento.

La misma falta de entidad para constituir el tipo se predica de la relación de parentesco, pues que Adolfo sea primo de la madre de Elena, o que exista una relación de «amistad familiar» en modo alguno son factores que generen la superioridad manifiesta que prevé el artículo 181.3

En lo que concierne a los engaños y ardidés de que habla la Sentencia, debe significarse que éstos son elementos constitutivos de un tipo penal específico de abuso sexual fraudulento previsto en el artículo 183 CP y del que, además, se excluye a toda persona mayor de 16 años para ser víctima de esta concreta figura delictiva, razón por la cual también carece de relevancia en el supuesto actual.

Resta, pues, determinar si la situación de aturdimiento en que se encontraba Elena A. por la ingestión de bebidas alcohólicas, perturbó con la suficiente intensidad las facultades cognoscitivas y volitivas de aquélla como para que el consentimiento prestado al encuentro carnal pueda considerarse viciado, es decir, para que la merma de dichas capacidades de entender y querer hacer lo que se hacía configure un consentimiento carente de la necesaria libertad.

El propio Tribunal sentenciador excluye la aplicación del artículo 181.2.2.º CP al afirmar que «no podemos hablar de una privación de la conciencia o la voluntad...» de la víctima, pero ello no es óbice para que los efectos de la ingesta excesiva de alcohol puedan afectar de tal modo a la víctima que permitan la aplicación del artículo 181.3 cuando el agente se prevalga de ese estado para obtener el consentimiento, lo que requiere —como ha quedado dicho— que esa embriaguez haya

perturbado las facultades de discernimiento y autodeterminación del sujeto pasivo hasta el punto de dificultar sensiblemente su capacidad de comprensión y decisión, lo que generaría la situación de «superioridad manifiesta» del sujeto activo.

Cabe significar que la Sentencia impugnada ni siquiera utiliza la expresión «embriaguez» para definir el estado de Elena A. —embriaguez que tampoco resulta de la diversa prueba practicada al respecto, al menos con una intensidad mínima digna de apreciación—, sino de «aturdimiento», término este que abarca un amplio abanico de posibilidades, desde una obnubilación profunda de la psiquis cercana a la abolición de los resortes mentales de la persona, hasta una ligera afección de éstos sin efectos realmente perturbadores. Pero de los datos de hecho declarados probados —a los que tenemos que atenernos dado el cauce casacional— se deduce que el aturdimiento de Elena no alcanzaba especial intensidad, como resulta del propio comportamiento de aquélla antes y después del acceso sexual y, sobre todo, de la expresión que figura en la Sentencia del «estado de alegría» de la joven que resulta un valioso elemento para discernir el alcance del aturdimiento en cuestión.

En estas condiciones no parece razonable asumir que el aturdimiento que provocó en Elena un simple estado de alegría impidiera a ésta, le dificultara gravemente comprender lo que estaba acaeciendo y negarse a la relación sexual. Se trata de una mujer de 18 años, de la que no consta que padeciera ninguna clase de minusvalía o deficiencia psíquica, en trance de efectuar un coito con otro adulto cuyas intenciones no podía desconocer según el relato de los acontecimientos y que prestó su consentimiento para el acto, consentimiento que, por lo expuesto, no cabe reputarse de ser prestado en una situación de «manifiesta superioridad» que coartara su libre voluntad.

Por todo lo cual resulta indebidamente aplicado el artículo 181.3 CP, procediendo a la anulación de la Sentencia de instancia dictándose otra por esta Sala en la que, por no ser los hechos constitutivos de delito, se declare la absolución del recurrente sin necesidad de examinar el resto de los motivos alegados.

(Sentencia de 27 septiembre 2000)

ARTÍCULO 184

Acoso sexual: doctrina general

Cuarto. El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

Los hechos objeto de enjuiciamiento acaecieron después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y antes de la reforma citada de 1999, y como se explicará a continuación, tanto con el texto inicial como el modificado en el año 1999, la conducta del acusado se subsume en este delito.

La Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluye un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y entre

ellas menciona el que pueda ser constitutivo de delito y, a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución.

La tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuándo se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal.

Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.

La acción típica, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, requiere la presencia de los tres elementos siguientes: *a)* que se soliciten favores de naturaleza sexual. Este requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, cuando dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre; *b)* que el sujeto se prevalezca de una situación de superioridad laboral, docente o análoga; y *c)* que anuncie al sujeto pasivo, de modo expreso o tácito, que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

A estos elementos habrá que añadir, al no ser posible la conducta imprudente, que el dolo del sujeto abarque todos los componentes que se dejan reseñados y especialmente el aprovechamiento consciente de su situación de superioridad.

En el supuesto objeto de esta causa concurren los presupuestos tipificadores que se acaban de mencionar, ya que resulta bien patente la solicitud de actos de contenido sexual por las inequívocas expresiones, comentarios y hechos que se contienen en la relación fáctica de la Sentencia de instancia; queda igualmente cumplido el requisito de la relación jerárquica que media entre el recurrente y su víctima, como expresamente se dice en los hechos que se declaran probados y, como se razonó para rechazar el tercer motivo de este recurso, queda constatado por las declaraciones de la denunciante y por los cometidos profesionales y especialmente de control que vienen asignados al acusado con respecto a los guardas de seguridad que era el puesto desempeñado por la perjudicada, como acertadamente se explica en el primero de los fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida; y respecto al tercer requisito, el propio Tribunal sentenciador razona sobre la indudable ascendencia que mantenía el acusado sobre la víctima que estaba vinculada a la empresa con un contrato temporal renovable y que la actitud del acusado con ella le hacía intuir que podría perder el trabajo, temor que se infiere de la conducta enjuiciada, surgiendo, pues, el anuncio tácito del mal al que se refiere el precepto, y estos razonamientos del Tribunal sentenciador, que es al que corresponde

valorar la prueba practicada a su presencia en el acto del juicio oral, tienen su reflejo en los hechos que se declaran probados, y esas posibles y serias represalias, tácitamente entendidas, podían frustrar las legítimas expectativas de la perjudicada a continuar en su puesto de trabajo.

No plantea cuestión que el acusado, al realizar tales solicitudes de contenido sexual, era perfectamente consciente de que se estaba aprovechando de una situación de superioridad y que de ser desatendidas sus solicitudes tenía capacidad para perjudicar las expectativas laborales de su víctima.

Concurren, pues, todos los elementos que caracterizan esta figura delictiva en su redacción anterior a la reforma de 1999.

Podría plantearse la atipicidad de la conducta del recurrente en el caso de que el texto vigente del delito de acoso sexual, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, contuviera unos elementos o requisitos que no concurren en los hechos que se declaran probados.

La redacción vigente ha venido a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad que la doctrina suele denominar como acoso sexual ambiental, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, y este tipo básico se presenta agravado cuando se hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación. Asimismo incorpora como supuesto agravado aquellos casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad o situación.

Es decir, la conducta enjuiciada en esta causa incurriría en uno de los supuestos agravados, ya que pueden afirmarse, sin duda, los elementos del tipo básico, en cuanto el acusado, con sus solicitudes e insinuaciones de contenido sexual, había producido una patente situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para su víctima.

Así las cosas, la conducta del acusado se subsume en el artículo 184 del Código Penal, correctamente aplicado por el Tribunal sentenciador, y la tipicidad se mantiene con la vigente redacción de dicho precepto.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 23 junio 2000 .)

ARTÍCULO 186

Provocación sexual: requisitos. Concepto de pornografía

Tercero. El primer motivo se formaliza por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando el recurrente la indebida aplicación por la Sala sentenciadora de los artículos 186 y 192.1 del Código Penal de 1995.

El artículo 186 del Código Penal castiga al que, por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o in-

capaces (que será castigado con la pena de multa de tres a diez meses, en la reducción afectante al caso enjuiciado, posteriormente agravada mediante reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril).

Este delito, denominado de provocación sexual, tiene como antecedente el artículo 432 del CP 1973, modificado, a su vez, por Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio. El nuevo Código penal ha elevado la edad de los sujetos pasivos del delito, en aras de una mayor protección de su personalidad en formación, de 16 a 18 años, coincidente con la mayoría de edad civil. Los requisitos que exige dicho tipo penal son los siguientes: *a)* la difusión, venta o exhibición de material calificable como pornográfico; *b)* la mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo; *c)* que los destinatarios de la acción sean menores de edad o incapaces; y *d)* que la conducta sea dolosa o intencional, no exigiéndose, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté in-sita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

Por el cauce casacional elegido por el recurrente, devienen incólumes y de obligado respeto los hechos probados de la Sentencia de instancia. En dicho relato histórico se narra cómo, sobre las 8:20 horas del día 4 de diciembre de 1997, en aula habitual y en hora lectiva de la asignatura que debía impartir el acusado, concretamente de dibujo técnico como profesor de educación secundaria de Instituto, preguntó a sus veinte alumnos si deseaban ver una cinta de vídeo en la cual aparecía, supuestamente, un personaje conocido manteniendo una relación sexual. Todos estuvieron de acuerdo, aun cuando no conocían en aquel instante de qué personaje público se trataba. El acusado conocía que de entre sus alumnos había siete menores de edad, procediendo a continuación a la proyección de dicha cinta de vídeo, pudiendo aquéllos ver las imágenes girándose hacia el televisor, mientras dibujaban una lámina.

El relato de hechos probados describe el contenido de tal cinta de vídeo con las siguientes palabras: «la película tiene una duración de unos siete minutos. A pesar de la deficiente calidad de la imagen y el sonido, todos observaron escenas de sexo entre un hombre y una mujer adultos grabadas desde un pequeño agujero abierto en la pared o en un mueble de la habitación. El primero iba vestido solamente con un corpiño y siempre aparece tendido sobre una cama, en decúbito prono o ventral y ligeramente erguido o en la postura adecuada, aunque constantemente boca abajo, cuando lo requería la práctica sexual, la segunda llevaba una prenda tipo picardía. A ninguno de ellos se les llega a ver con nitidez sus órganos sexuales. En un momento dado, la mujer introduce en la boca del varón un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente. Poco después, le impregna el ano con una crema lubricante e introduce por ahí el mismo artilugio. Por último, se coloca a horcajadas encima de la cabeza del hombre y se retira el picardías por su parte inferior para orinar. Son frecuentes los gemidos de placer y las frases impúdicas».

En el caso enjuiciado se cumplen, pues, todos los requisitos exigidos por tal tipo penal. No ofrece duda la exhibición de dicha cinta de vídeo por parte del profesor acusado, ni tampoco que dicha exhibición se produjo ante menores de edad, por tener siete de tales alumnos diecisiete años de edad, siendo indiferente a estos efectos su consentimiento. Igualmente, se cumplió con la mecánica comisiva, ya que el tipo penal únicamente exige que tal exhibición se produzca por cualquier medio directo, y la reproducción de la cinta videográfica a presencia de sus alumnos fue directamente visualizada por éstos, e incluso previamente anunciada, re-

latándose en los hechos probados de la Sentencia de instancia que, durante tal visionado, el acusado resaltaba las expresiones y actos más morbosos, como la micción, e incluso cuando acabó la película, volvió a emitirla parcialmente.

Los dos elementos controvertidos son: *a)* el carácter pornográfico del material exhibido; y *b)* el elemento intencional o doloso del agente.

Respecto del primero, la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. En este mismo sentido, las normas administrativas reguladoras de su proscripción o restricción, nos parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.

Desde esta perspectiva, los hechos relatados en la Sentencia recurrida nos proporcionan suficientes datos para calificar a dicha cinta videográfica de material pornográfico, máxime si tal contenido lo conectamos con su visualización por menores de edad: la introducción por parte de la mujer en la boca del varón de un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente, y la impregnación en el ano de una crema lubricante, para posteriormente introducir por ahí tal falo artificial, son elementos que soportan tal afirmación, sin mayores esfuerzos argumentales.

Con relación al segundo elemento, el tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concurra dolo o voluntad en la actuación, cualquiera que fuese la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo. Desde luego, una clase de dibujo técnico no justifica por sí misma tal emisión, por desbordar los cauces pedagógicos de la asignatura que el acusado impartía. Y por supuesto, el ofrecimiento de la visualización y posterior reproducción de tal cinta videográfica entre sus alumnos, menores de edad, no es compatible con su finalidad educadora, estando indudablemente fuera del contexto de la disciplina docente que impartía. La afectación en el desarrollo de la personalidad de los menores resulta evidente, y ésa es la finalidad última que protege la norma penal y que se conecta con el bien jurídico protegido.

Por las razones expuestas, procede la desestimación de este motivo, y con él del recurso de casación.

(Sentencia de 10 octubre 2000)

ARTÍCULO 187

Inducción de menor a la prostitución: concepto. No exigencia de habitualidad, bastando un solo hecho

Tercero. El segundo motivo, con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley, «por indebida aplicación del artículo 187 del Código Penal y no aplicación del artículo 181.3 del mismo Cuerpo Legal».

Se plantea este motivo como «derivado del anterior, por cuanto si se ha admitido por este Alto Tribunal que no ha existido actividad probatoria respecto a que mi representado haya hecho entrega de cantidad alguna, y por consiguiente que se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia con respecto a tal extremo, del resto del relato fáctico no puede desprenderse en modo alguno la aplicación del artículo 187.1 del Código Penal». De ahí que la conducta enjuiciada –según el recurrente– debiera incardinarse en el artículo 181.3 del Código Penal.

Alega también el recurrente que el artículo 187 del Código Penal, en cualquier caso, ha sido aplicado indebidamente por haberse descrito «una conducta aislada por parte de mi representado», ya que –en opinión del recurrente– «esa única acción aislada (...) no tiene la suficiente entidad para considerar que (...) se haya producido un verdadero favorecimiento, facilitación o inducción a la prostitución».

La desestimación del motivo primero debe determinar, lógicamente –en cuanto el ahora examinado ha sido formulado como derivado del anterior– la misma consecuencia para este segundo motivo.

Tampoco puede prosperar la tesis del recurrente de que la conducta descrita en el apartado segundo del *factum* pudiera constituir un delito de abusos sexuales del artículo 181.3 del Código Penal (actos que atenten contra la libertad sexual de una persona, realizados sin violencia o intimidación pero sin que medie consentimiento, «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima»), porque del relato de hechos probados al que hemos de estar (art. 884.3.º LECrim) no se deduce que la conducta del hoy recurrente se llevase a cabo sin el consentimiento de los menores ni tampoco que existiese una relación de superioridad manifiesta por parte del acusado que pudiera coartar la libertad de los mismos, y, en último término, no es propio del tipo penal pretendido ningún tipo de «recompensa».

Por lo demás, la tesis del recurrente (que un hecho aislado no puede considerarse penalmente típico) no puede ser aceptada por este Tribunal: para ello, es menester tener en cuenta la entidad del hecho y el contexto en que tenga lugar.

En relación con esta materia, hemos declarado que «prostitución» puede abarcar cualquier depravación en el comercio carnal de cierta importancia, medida ésta por la repulsa social que provoca (STS de 21 de julio de 1990), que, en los delitos relativos a la prostitución, la libertad sexual –bien jurídico protegido por estos delitos– se tutela no sólo en sí misma contra coacciones violentas o intimidativas, sino también en la libre formación de la voluntad, así como en las zonas periféricas de esa voluntad (*vid.* sentencia de 14 de octubre de 1994), que inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución son formas diversas de prostituir, que –desde el punto de vista etimológico– significan «hacer que alguien se dedique a mantener

relaciones sexuales con otra persona, a cambio de dinero» (STS de 7 de mayo de 1998), que el delito tipificado en el actual artículo 187.1.º del Código Penal —como tampoco su precedente, el art. 452 bis b) 1.º del Código Penal de 1973— no incluyen entre las exigencias para la existencia del delito el que la conducta inductora, favorecedora o facilitadora de la prostitución se realice habitualmente (STS de 16 de febrero de 1998); y que tampoco es preciso para la comisión de estos delitos la producción de los nefastos efectos que los mismos pretenden evitar (STS de 26 de marzo de 1997).

Por todo lo dicho, debemos concluir que los hechos a que este motivo se refiere han sido calificados de forma jurídicamente correcta y que, por ende, procede de la desestimación del mismo.

Cuarto. El tercer motivo, por infracción de ley, al amparo también del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del artículo 187 y la no aplicación del artículo 181.2 del Código Penal.

Según el recurrente, los hechos declarados probados en el apartado tercero del relato fáctico de la Sentencia recurrida no son constitutivos del tipo penal descrito en el artículo 187 del Código Penal, pues «no hubo un ofrecimiento por parte de mi representado para realizar la referida conducta, ni el sujeto pasivo tuvo conciencia de ello, por lo que no se pudo de ninguna de las maneras inducir, promover, favorecer o facilitar su prostitución»; por ello estima que tales hechos tendrían su incardinación en todo caso en el tipo penal del artículo 181.2.2 del Código Penal, «considerando (...) abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten precisamente sobre personas que se hallan privadas de sentido».

Tampoco este motivo puede correr mejor suerte que los anteriores. En el relato fáctico de la Sentencia, al que nuevamente hemos de estar dado el cauce casacional elegido, se dice que el menor se fugó del centro de menores donde a la sazón se hallaba, acudiendo a casa de Carlos, quien aprovechando que aquél estaba dormido «le desvistió», «y le hizo objeto de tocamientos hasta meterse el pene del niño en la boca y chuparlo», despertándose Francisco Javier, el cual recibió antes de marcharse cuatro mil pesetas del acusado, quien, con anterioridad, ya le había regalado una bicicleta «con el ofrecimiento de que en el futuro mantuviese con él relaciones sexuales». Es indudable que el *factum* no se describe realmente el tipo penal del precepto penal que se cita por el recurrente (realizar —sin violencia o intimidación y sin consentimiento de la víctima— actos que atenten contra la libertad sexual de la misma, tratándose de «personas que se hallen privadas de sentido»). Aquí nos encontramos con que el menor —sujeto pasivo de los actos descritos—, que ya había tenido este tipo de experiencias con el acusado, y que había recibido del mismo un regalo de cierta importancia —como es una bicicleta— para que en el futuro mantuviese relaciones sexuales con el acusado, acudió voluntariamente a casa de éste y antes de marcharse recibió de él la cantidad que se dice en el hecho probado, en el que se pone de manifiesto también que el menor «se despertó» (como, razonablemente, no pudo ser de otro modo por cuanto el acusado «le desvistió», «le hizo objeto de tocamientos», llegando a meterse en la boca el pene del menor y chupárselo).

Por lo expuesto, ha de llegarse a la conclusión de que la calificación jurídica cuestionada es ajustada a Derecho y que, por tanto, procede la desestimación de este motivo tercero.

(Sentencia de 17 abril 2000)

ARTÍCULO 188

Cualquier medio es válido para determinar mediante violencia o intimidación a persona mayor de edad a ejercer la prostitución (obligar a mantener relaciones sexuales con hombres en clubs intimidándolas con ser agredidas ellas o sus familiares en el país del que procedían); Significado de «alterne»

Quinto. El motivo quinto censura como indebida la aplicación del artículo 188.1.º del Código Penal.

Nuevamente hemos de reconducirnos –por imperativo de la vía casacional elegida– a la referencia fáctica como premisa ineludible de la que partir para considerar el alegato recurrente.

Al respecto dice el *factum* que los acusados se concertaron entre sí y con otras personas en paradero desconocido para obtener un lucro económico notable por el procedimiento de obligar a varias mujeres, compatriotas suyas, a ejercer la prostitución en Valencia.

Seguidamente, se afirma que dichas mujeres debían entregar diversas cantidades mensuales a sus «protectores», correspondientes a unas pretendidas deudas contraídas con la organización que, en el caso del recurrente, ascendían a cien mil pesetas mensuales. Para poder hacer frente a tales cantidades, aquéllas estaban obligadas a alternar con los clientes de los locales «Club Cotton», «Club Royal» y «Rodeo Girls».

A continuación, el relato histórico expresa literalmente: «asimismo, estaban obligadas a mantener relaciones sexuales por precio, con los clientes de los establecimientos antes citados o con los de la “Sauna Majestic”, sita en la c/ Doctor Marco Merenciano, núm. (...), Valencia», así como que las mujeres eran apercibidas de que los miembros de la organización tenían localizados a sus familiares en Hungría y de que tendría graves consecuencias para aquéllos y para las propias chicas una negativa a satisfacer las deudas del modo que les indicaban. Si alguna de ellas se negaba a lo que requerían, eran agredidas por los miembros de la organización.

La rotundidad y contundencia de tales hechos deja huérfanas de justificación las prolijas y artificiosas explicaciones exculpatorias ofrecidas por el acusado recurrente a la vez que ratifica el acierto con que ha sido calificada dicha conducta como la típicamente descrita en el precitado artículo 188.1.º del Código Penal. Estamos ante indubitados comportamientos coactivos y amenazadores procedentes del acusado y directamente encaminados a doblegar la voluntad de sus compatriotas femeninas coartando su libertad sexual, eliminar su resistencia y obligarlas, así, a mantener relaciones sexuales mediante precio con los varones que acudían a los clubes donde aquéllas «alternaban» por decisión de sus «protectores».

Tal como señala la Sentencia de esta Sala de 26-1-1998: «Las coacciones a las que se refiere el artículo 188.1.º CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima. En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquélla permite la realización del tipo. Más aun, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el artículo 188.1.º CP podría tener menor entidad que la prevista en el artículo 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto o

los sujetos pasivos del delito (cfr. SSTs de 2-2-1981, 25-3-1985, 10-4-1987 y 6-10-1995), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la *vis compulsiva* también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del artículo 188.1.º CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad del artículo 188.1.º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones» (*sic*). De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas –concretado algún caso con las palizas recibidas– y sobre sus familiares de Hungría, ofrecen la suficiente entidad en el supuesto enjuiciado para la realización del tipo penal que se discute, lo que lógicamente, conduce al rechazo del Motivo.

Decimosexto. El quinto motivo –formulado a través del artículo 849.1.º de la LECrim– sirve a su proponente para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 188.1.º del CP.

La articulación del motivo obliga a someterse al relato de hechos probados, los cuales permanecen inalterados ante la improsperabilidad de los motivos 1.º y 2.º del recurso. Sintetizando, se afirma en el *factum* de manera incontrovertible, que Edit H. y Bela N. se concertaron entre sí y con terceras personas en paradero desconocido para obtener un lucro económico notable, por el procedimiento de obligar a diversas mujeres, compatriotas suyas, a que ejercieran la prostitución en Valencia.

A dichas mujeres se les indicaba que habían contraído cuantiosas deudas por el viaje e introducción en España y que para poder hacer frente a dichos débitos estaban obligadas a «alternar» con clientes en locales como «Club Cotton» y otros que se citan. Asimismo, literalmente, se dice que estaban obligadas a mantener relaciones sexuales por precio con los clientes de los establecimientos antes citados o con los de la «Sauna Majestic» sita en la c/ Dr. Marco Merenciano núm. (...), de Valencia.

También se refleja en el relato fáctico que las mujeres eran apercebidas de que los miembros de la organización tenían localizados a sus familiares en Hungría y de que tendría graves consecuencias para aquéllos y para las propias chicas una negativa a satisfacer las deudas del modo que les indicaban, así como que si alguna de ellas se negaba a lo que requerían, eran agredidas por los miembros de la organización; agresiones que se describen en otros pasajes del mismo relato.

Ante tan detallada y expresiva composición narrativa no parece de recibo cuestionar su subsunción en el tipo descrito en el precitado precepto sustantivo destinado a sancionar conductas atenuatorias a la libertad sexual –que es el bien jurídico protegido– como las descritas en la combatida en las que es patente una determinación coactiva a prostituirse que se describe en párrafos tan ilustrativos como los ya referidos. Dado que 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, y de ahí se deduce que, si las conductas relativas a la prostitución tipificadas penalmente son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir, aquellas en que se fuerza 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, no son necesarias grandes dosis de comprensión para estimar correcta la calificación jurídica de los hechos.

Por ello, todo el discurso argumental de quien recurre no sólo resulta estéril en su esfuerzo por demostrar la ausencia de los ingredientes de naturaleza objetiva del tipo delictivo cuestionado, sino porque su contenido excede en todo caso de las posibilidades impugnativas que abre la vía casacional elegida, pues, además de fijar la censura de una forma poco ortodoxa no sobre hechos asépticos sino sobre conclusiones valorativas, establece un *plus* referencial inapropiado que, en caso alguno, puede ser tomado en consideración en esta fase del proceso, máxime cuando, en uso de su libre convicción, la Sala *a quo* ha fijado los hechos tomando en cuenta también las declaraciones de la testigo incomparecida, justificando sobradamente —como ya se ha dicho— tal determinación.

Al respecto, y como complemento definitivo del rechazo que merece la propuesta impugnativa, nos parece oportuno —ante las «precisiones terminológicas y consideraciones conceptuales vertidas» por el recurrente— reproducir las que formula el Tribunal Provincial en el fundamento jurídico segundo de la recurrida, ya que sus matizaciones y argumentaciones valorativas resultan más ilustrativas que cualquier otro razonamiento al respecto, no sólo por su contenido sustancial sino por las fórmulas literarias que lo explicitan: «El letrado del acusado Santiago C. fundamenta en gran medida su defensa sobre la base de que la actividad desplegada por las víctimas en los locales de su propiedad “Club Cotton” y “Club Royal” no lo son de naturaleza prostitutiva sino, por el contrario, dichos locales son (*sic*) clubes de alterne, llegando incluso a afirmar que, como el alterne no es prostitución (*sic*) determinar coactivamente el alterne no sería delito».

De tal suerte, la fundamentación del letrado consiste en deponer la prostitución como venta del cuerpo a cambio de precio, de esta singular y engañosa institución del «alterne» no recogida en el Código Penal y, según aquél, no asimilable a la que vendría a constituir la prostitución «*stricto sensu*».

Un término «alterne», profundamente eufemista, capcioso y circunloquial porque el «alterne» no es más que la misma prostitución pero con aderezos, es decir, una de las formas que la prostitución puede revestir, nacida, sin duda, al abrigo del tejido social y en connivencia con él moviéndose, por lo tanto, al amparo de una versátil demanda que ora reclama un morbo añadido a la pura relación carnal, ora busca un encuadre social más nítido y menos problemático a la hora de la relación sexual; estamos pensando en la crudeza que supone la búsqueda en el barrio chino.

En definitiva, para levantar el velo a esta artificiosa locución basta del simple desarrollo de una operación intelectual que separe lo fundamental de lo accesorio, la verdad de la trápala para lo cual contamos, además, con la inestimable ayuda del sentido común. Así pues, el edificio de la prostitución en una de cuyas plantas se ubicaría el «alterne tejido con la exclusiva obra de la carne humana y no con un aséptico “copeo” se nos manifiesta como algo bipolar, polimorfo, cambiante en sus formas más aparentes y es que donde se mueve tanto interés, grande es también el grado de múltiples formas que una entidad como la prostitución es capaz de adoptar al hilo de la diversidad en la demanda social.

Pero además de esta elucubración que, en todo caso, responde a la necesidad de buscar el fallo más adecuado a Derecho y concretando la actividad desarrollada por las víctimas en los locales de referencia en el presente caso, es de destacar diversos aspectos que despejarán las posibles dudas sobre el confuso artilugio terminológico del “alterne” utilizado como mecanismo de evitar la incriminación de los acusados.

La primera cuestión a destacar es la unánime convicción de las actoras de estar prostituyéndose a cuyo efecto se valoran específicamente diversas declaraciones testificadas.

De todo ello, se vislumbra con meridiana claridad qué tipo de actividad se obligaba a que realizaran las víctimas y que únicamente el acusado propietario de dos clubes, el encargado de los mismos y el gerente del Club El Rodeo la consideran como no prostitutiva.

Obviamente, es inimaginable que las actoras de la actividad desencadenada en los locales tengan tan distorsionada la realidad que crean estar prostituyéndose cuando, en verdad, únicamente comparten una copa con un conocido.

De otra parte, cabe recordar cómo la actividad desplegada por las “chicas” en los citados locales, lo es a cambio de precio. Como reiteradamente se ha manifestado a lo largo de la causa, éstas cobraban el 50 por 100 del importe de las consumiciones que consiguieron que tomaran sus clientes, con independencia del cobro por otro tipo de servicio. En cambio, el acusado Santiago C. ha tenido gran interés en recalcar que las “chicas” no trabajan en sus clubes (*sic*), que no existía relación laboral alguna, que las chicas van y vienen y cambian mucho. Pero lo bien cierto es que, con independencia del carácter formal de la relación contractual entre las “chicas” y el establecimiento, no cabe duda que desde una vertiente material éstas trabajan en los clubes. Es significativo a este respecto la terminología utilizada por todos los deponentes en la causa que contraponen “las chicas” “al cliente” del club, lo que no hace más que evidenciar que en el negocio del acusado éstas son la mano de obra que le permite alcanzar el beneficio. De tal forma, el hecho de que no exista un contrato escrito no excluye la plena validez de contrato verbal; la no existencia de un horario estricto es perfectamente compatible con las relaciones laborales en una economía variable, por el contrario, existe una prestación de servicio que tiene una contraprestación económica consensuada y la misma se desarrolla en unos concretos locales.

Hasta existe, según el acusado Santiago C. y los testigos de la defensa, un criterio de productividad negativa propio de las relaciones de trabajo y consistente en este caso en que si las trabajadoras no consiguen que su cliente consuma, éstas tienen que abonar al club la cantidad de 4.000 ptas. Interpretación esta que ha mantenido el acusado, en contra de la ofrecida por la testigo protegida núm. (...) que sostiene que las 4.000 ptas. era el canon que obtenía el club en el caso de que una “chica” marchara del mismo con un cliente, manifestación ésta que, al ser acogida, pone claramente de manifiesto la participación en una actividad de prostitución *stricto sensu*.

Pero es más, existiendo una relación de trabajo no puede evadirse el empresario de las obligaciones que ello comporta, como en el presente caso sería comprobar los requisitos de la legalidad para poder trabajar en España y no cerrar los ojos ante quien puede estar ilegalmente y además trabajando en contra de su voluntad, ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones para con sus trabajadores respecto a la Seguridad Social.

Recordar finalmente que las chicas desconocían el español, luego difícilmente podrían alternar en el sentido que se persigue por la defensa.

En virtud de todo lo expresado hasta el momento no le cabe duda a este Tribunal que la actividad desarrollada en el Club Cotton, Royal así como en El Rodeo, Cristal y Majestic recae dentro del amplio espectro de la prostitución».

(Sentencia de 23 septiembre 2000)

ARTÍCULO 189.3

Corrupción de menores: evolución legal. Tránsito del CP 1973 a 1995 (antes de la reforma L.O. 11/1999, de 30 de abril)

Tercero. El motivo primero de este recurso, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación inadecuada del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973, «en lo que atañe al elemento corrupción de menores, constitutivo de uno de los elementos del tipo penal allí descrito».

Dice la parte recurrente que, «como puede observarse, la Sala pone el acento del delito en el ánimo del acusado de satisfacer una inclinación sexual para así obtener placer. La afectación sobre la formación de la personalidad de la menor y sobre su normal desenvolvimiento sexual es tan sólo una consecuencia que, como indeclinablemente correlativa al hecho, no tiene que ser examinada porque se da por producida en todo caso», añadiendo que «es evidente que tal argumentación nos llevaría a la penalización de toda clase de actos más o menos aberrantes desde el punto de vista de la sexualidad del sujeto activo...», y poniendo de relieve que «resulta necesario indagar en qué consiste exactamente el especial placer sexual del acusado, es decir, si lo obtenía haciendo la fotografía o su placer residía en la contemplación posterior de ésta. La respuesta no puede ser otra que la segunda». Tras estas afirmaciones, el motivo se adentra en una larga serie de consideraciones sobre la fotografía y las intenciones del acusado respecto de la misma y de la niña que aparece en ella, diciendo que «el hombre de la fotografía prefiere obtener el placer sin menoscabo de la niña y sin que ésta se dé cuenta de nada, lo que excluye la “intencionalidad específica de alterar o pervertir a la persona”...».

El relato de hechos probados dice claramente que el acusado —estando desnuda la niña A— «la cogió en brazos y con la mano derecha le tocó el sexo a la vez que acercaba la cabeza para besarla», llegando luego a la conclusión de que «lo que en la fotografía aparece, (...) no puede tener otro significado que el deseo de satisfacer sus inclinaciones sexuales obteniendo placer de esa naturaleza. Todo ello con la correlativa consecuencia de afectar a la formación de la personalidad de la menor, incidiendo sobre su normal desenvolvimiento sexual» (F. 5.º).

El delito de corrupción de menores del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973 que castigaba al que «promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años», se hallaba incardinado entre los delitos «contra la libertad sexual» y tendía a proteger a las personas que, por razón de su edad, se hallan en un período de formación de su personalidad que podría verse afectada negativamente en el porvenir en lo concerniente a su libertad sexual y a su propia dignidad personal, por lo que se consideraba irrelevante el posible consentimiento de tales personas menores de edad, porque el legislador, al sancionar este tipo de conductas, pretende proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, en definitiva, para usar de la libertad sexual, con la finalidad de hacer posible una decisión responsable al alcanzar la mayoría de edad y, con ella, normalmente la consiguiente madurez humana.

La jurisprudencia declaró que, para la existencia de este delito, no era preciso ni el ánimo venal o de lucro, ni la habitualidad en la conducta, ni un especial áni-

mo en el sujeto activo encaminado a conseguir la perversión sexual del menor, basando, por tanto, para la comisión de este delito la realización de actos lascivos y, en definitiva, la de aquellos actos de los que deriven naturalmente tales consecuencias, dado que se trata de un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado; por todo lo cual debe entenderse que comete este delito el que voluntariamente realice este tipo de conductas con menores de edad, aunque no se proponga directamente corromperlos, y únicamente persiga satisfacer sus desordenados instintos o los de terceras personas (SSTS de 26 de marzo de 1988, 17 de mayo de 1990, 8 de julio de 1991, 20 de mayo y 22 de septiembre de 1993, y 12 de mayo de 1994, entre otras).

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso nos lleva directamente a la desestimación de este motivo, porque, atendida la edad de la niña que aparece en las fotografías de autos, que la Sentencia identifica como «niña A», y la conducta del aquí recurrente respecto de la misma (tenerla desnuda en sus brazos, con una mano en la zona genital de la niña, y en además de besarla en la cara), como dice el Tribunal de instancia, «no puede tener otro significado que el deseo de satisfacer sus inclinaciones sexuales, obteniendo placer de esa naturaleza», independientemente –todo ello–, decimos nosotros, de que el placer buscado por el acusado lo obtuviera al contemplar las correspondientes fotografías, o al realizarlas, o en ambos momentos.

En cualquier caso, posar desnuda, en brazos de un hombre mayor que la está tocando sus partes íntimas, no puede menos de considerarse una conducta que puede afectar al normal desarrollo afectivo y de la sexualidad de la menor fotografiada; consiguientemente no cabe hablar de ningún tipo de infracción legal en relación con el tipo penal objeto de examen.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

Cuarto. El motivo tercero, por el mismo cauce casacional que el anteriormente estudiado, denuncia también infracción de ley «como consecuencia de haberse efectuado una aplicación inadecuada del artículo 181.1 y 2.1.º del Código Penal, en lo que atañe al elemento abuso sexual, constitutivo de uno de los elementos del tipo penal allí descrito», y se formula con carácter subsidiario respecto del motivo primero.

Después de transcribir parcialmente los fundamentos jurídicos octavo y noveno de la Sentencia recurrida, en los que se examina la cuestión relativa a la desaparición de la figura de la corrupción de menores en el nuevo Código Penal y la existencia en el mismo de diversas figuras penales cuyo bien jurídico protegido lo constituye la intangibilidad del menor, dice la parte recurrente que «si, como la propia Sentencia reconoce, el delito de corrupción de menores ha desaparecido del ordenamiento penal, no parece procesalmente correcto, (...), aplicar al nuevo tipo penal la jurisprudencia elaborada sobre aquel delito, como de hecho resulta en la Sentencia recurrida...», dado que «el artículo 181 del Código Penal alude exclusivamente a los actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, y ya ha quedado dicho en el motivo primero cómo, a nuestro juicio, la imagen fotográfica de la niña A no encierra, en lo que a la propia niña se refiere, ningún contenido sexual, por más que pueda tenerlo para el acusado...».

Es indudable que, desaparecido el Código Penal de 1973 y con él el tipo penal de la corrupción de menores, para que las conductas que pudieran incardinarse en dicha figura penal, realizadas bajo la vigencia de aquel Código, puedan continuar siendo sancionadas bajo la vigencia del nuevo, es preciso que las mismas puedan

ser calificadas con arreglo a alguna de las figuras penales de este último y que, oportunamente, hayan sido objeto de acusación con arreglo a ella, por razón de las exigencias propias del principio acusatorio y de la interdicción de toda indefensión, cosa —esta última— que en modo alguno puede alegarse en el presente caso.

Que el hecho enjuiciado podía ser calificado con arreglo al artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973 —delito de corrupción de menores— ya lo hemos razonado al estudiar el motivo primero de este recurso, y a lo dicho en tal momento nos remitimos. Resta, pues, examinar si también puede ser calificado como constitutivo del delito de abusos sexuales del artículo 181.1 y 2.1.º del vigente Código Penal, cuya infracción aquí es denunciada.

Castiga el artículo 181.1 del vigente Código Penal a los que «sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento», realicen actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona; estableciendo el apartado 2.1.º de dicho artículo que «en todo caso, se consideraran abusos sexuales no consentidos, los que se ejecuten: 1.º Sobre menores de doce años».

El hecho reflejado en la fotografía en que aparece la denominada «niña A», sin duda alguna, constituye un atentado contra la libertad sexual de la misma, habida cuenta de su propia naturaleza (tener en brazos a una niña desnuda, mientras con los dedos de una mano se le tocan los órganos genitales y se hace ademán de besarla), y de su edad (al ser menor de doce años). El concurso de ambos requisitos conduce necesariamente a estimar cometido el delito cuestionado en el presente motivo.

Por todo lo dicho, el motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

Quinto. El cuarto motivo —en relación con la conducta del recurrente respecto de la «niña B»— ha sido deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973, «en lo que atañe al elemento corrupción de menores, constitutivo de uno de los elementos del tipo penal allí descrito».

Pone de manifiesto el recurrente que la Sala de instancia, al enjuiciar estos hechos, parte del examen del delito de corrupción de menores (del CP de 1973) para después incardinar aquéllos en el delito de exhibicionismo del artículo 189.1 del Código Penal vigente, «y, finalmente, aplicar al acusado la pena correspondiente al delito de corrupción de menores», por estimar, sin duda, que el mismo constituye la calificación más favorable al mismo.

Los hechos relativos a la «niña B» quedan resumidos básicamente —como pone de relieve el propio recurrente— en el fundamento 12.º de la Sentencia recurrida: «Ana R. —la otra persona acusada en esta causa— llevaba a su hija unas veces al domicilio de Rafael (...) y otras a los hoteles donde con él se veía para fotografiarla siguiendo sus instrucciones, y para entregarle luego las fotos así obtenidas a fin de que sintiera placer sexual contemplándolas». De estos hechos creemos importante destacar: a) que la niña era llevada por su madre; b) que era la propia madre la que fotografiaba a la niña; y c) que la madre entregaba luego al hoy recurrente las fotos así obtenidas «a fin de que sintiera placer sexual contemplándolas». Nada más se precisa en la Sentencia sobre el contexto en que se desarrollaban estos hechos, ni sobre posibles «recompensas» a la niña por participar en ellos.

El recurrente destaca que «la Sentencia recurrida hace derivar la naturaleza corruptora de los hechos del uso de las fotografías y no del contenido de las fotografías mismas», y dice que, «salvo la fotografía de la niña desnuda (realizada por la propia madre), el resto de las otras sería absolutamente irrelevante».

El quinto motivo, por su parte, por el mismo cauce procesal, con cita del artículo 5.4 de la LOPJ, formulado con carácter subsidiario respecto del anterior, denuncia la vulneración del artículo 25 de la Constitución, que –según la parte recurrente– «resulta de la aplicación indebida del artículo 189.1 del Código Penal (actualmente vigente), al no estar los hechos comprendidos, al tiempo de su acaecimiento, en ninguno de los tipos establecidos en el Código Penal de 1973», y fundamenta su tesis impugnativa en la novedad del delito del artículo 189.1 del Código Penal de 1995, conforme a lo declarado en la Sentencia de este Alto Tribunal de 10 de abril de 1997.

Se afirma en este motivo que la Sala de instancia analiza las fotografías de autos «desde el punto de vista de la corrupción de menores», y que, sin embargo, «al tratar de incardinar esos mismos hechos en el artículo 189.1, la Sala *a quo* destaca en los hechos los fines exhibicionistas, (...), (...) elemento que en el delito de corrupción de menores resultaba ciertamente indiferente»; poniendo de relieve también que «resulta muy significativo que (...) la Sala sentenciadora no haya podido (...) (incardinar los hechos enjuiciados) en ninguno de los tipos penales de ese Cuerpo Legal comprendidos en el capítulo “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”», afirmando, finalmente, que «en todo caso, estimamos que los hechos no constituyen un supuesto de exhibicionismo, en los términos contemplados por el artículo 189.1 del Código Penal».

Fácilmente se advierte la íntima relación de estos dos motivos y, por ello, entendemos que, por razones de método jurídico, procede el análisis conjunto de los mismos.

Derogado el Código Penal de 1973 –al que corresponde el delito de corrupción de menores del artículo 452 bis *b*).1.º, por el que ha sido condenado el aquí recurrente–, es evidente que tal condena únicamente puede ser admisible en el caso de que el precepto del nuevo Código Penal que se cita para calificar actualmente la conducta enjuiciada, es decir, el artículo 189.1 del Código Penal de 1995, sancione penalmente una conducta que pudiera ser abarcada dentro del ámbito de tipicidad del artículo 452 bis *b*).1.º del Código Penal derogado. Y, a este respecto, hemos dicho que «si los elementos típicos de una y otra figura han existido en los hechos enjuiciados desde el momento de su comisión y de la iniciación del procedimiento y se puede afirmar que el legislador ha dejado subsistente la forma de corrupción consistente en la utilización de menores para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, es plausible la condena por el segundo delito...» (*vid.* STS de 16 de febrero de 1998).

Admitida, pues, la posibilidad de que el exhibicionismo de menores constituya también una forma de corrupción de los mismos, hemos de profundizar en nuestro análisis de la conducta enjuiciada, para poder pronunciarnos sobre el posible efecto corruptor de los hechos enjuiciados para la menor fotografiada, y sobre el posible carácter exhibicionista de los mismos; pues, si éstos no pueden ser incardinados en ambos tipos penales, la conclusión es obvia: no cabe la condena penal del acusado.

Llegados a este punto, no podemos ignorar que el artículo 189 forma parte del capítulo V, Título VIII, Libro II del vigente Código Penal: «De los delitos relativos a la prostitución», a los que es consustancial la realización de alguna conducta de contenido sexual en cualquier forma retribuida. El delito de corrupción de menores [art. 452 bis *b*).1.º CP 1973], por su parte, requería para su estimación que la conducta enjuiciada afectase indubitadamente a la necesaria indemnidad sexual del

menor, «por su aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del menor, comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas o perversas» (STS de 8 de febrero de 1995).

La conducta enjuiciada en la presente causa, en los términos en que la misma es descrita en la Sentencia recurrida, no parece que pueda afirmarse categóricamente que pudiera afectar a la formación de la personalidad de la menor y comprometer su formación, afectando negativamente a su futuro desenvolvimiento sexual. Para la adecuada calificación jurídica de la conducta del recurrente, es preciso tener en cuenta que la intervención de la menor se limitó a posar para que su madre la fotografiase. Ninguna de las fotografías aportadas a los autos refleja, por lo demás, posturas o actos de contenido específicamente sexual o de carácter obsceno; la niña –que a la sazón tenía entre ocho y nueve años– solamente aparece desnuda en una de ellas y con braguitas, bikini o normalmente vestida en las restantes, mostrándose con la ingenuidad propia de su corta edad y de la confianza inherente a la presencia de su madre. La peculiaridad de la conducta enjuiciada radica en que la contemplación de las fotografías de niñas de corta edad desnudas o semidesnudas producía al hoy recurrente un placer sexual como consecuencia de los trastornos de la personalidad que el mismo padecía. A este respecto, dice el Tribunal de instancia que «las fotografías descritas de la niña B una vez obtenidas fueron entregadas (...) al acusado, quien las contemplaba para satisfacer sus apetencias sexuales». Desde este punto de vista, pues, difícilmente podría calificarse de corruptor para la menor, en los términos antes expuestos, el hecho de haber sido fotografiada por su madre, en la forma que se ha dicho, sin ninguna otra connotación reflejada en el relato fáctico de la Sentencia recurrida.

Si los hechos enjuiciados, por lo anteriormente dicho, no pueden ser incardinados en el artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973, que era el vigente al tiempo de su comisión, es incuestionable que procede la estimación del primero de los motivos aquí examinados, lo cual hace innecesario el examen del segundo, es decir, del quinto motivo del recurso, formulado con carácter subsidiario respecto del precedente. La condena del acusado únicamente sería posible –conforme anteriormente hemos razonado– en el supuesto de que los hechos enjuiciados pudieran ser calificados conforme a los dos preceptos, reiteradamente citados, de los Códigos Penales, derogado y vigente. Al no cumplirse esta exigencia, es patente la procedencia de absolver al acusado, hoy recurrente, sin necesidad de mayor argumentación.

(Sentencia de 21 marzo 2000)

ARTÍCULO 192.2

La imposición de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es una potestad discrecional del Tribunal, pero si la adopta debe motivarla

Segundo. (...) 3. En el segundo motivo denuncia la inaplicación al hecho probado del artículo 192.2 del Código Penal.

Ha de constatarse, en primer término, que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica de aplicación automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual. El precepto cuya inaplicación se denuncia refiere con el término «podrá» el carácter facultativo de su imposición, facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión por lo que el artículo referenciado exige, como no podía ser de otra manera, la motivación de la decisión.

El tribunal de instancia destaca en su argumentación que el delito es grave y se ha representado la repercusión de la decisión sobre el ejercicio de la patria potestad en la menor y en sus necesidades afectivas y educacionales. Ha tenido en cuenta, además, que la jurisdicción civil ya había adoptado medidas al respecto y llama la atención sobre las mayores garantías que proporciona el procedimiento ante el Juzgado de Familia para atender los aspectos esenciales de los derechos que se engloban en la patria potestad.

El tribunal, en una cuidada motivación, ha resuelto la cuestión debatida y ha entendido, en la forma razonada que expresa, no procedente la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, sin que difiera a la jurisdicción civil un pronunciamiento sobre la cuestión, sino que afirma que en el Juzgado de familia podrán adoptarse las soluciones que mejor se adecuen al interés del menor atendiendo a los derechos inherentes a la patria potestad.

Consecuentemente el motivo se desestima.

(Sentencia de 7 noviembre 2000)

ARTÍCULO 197

Revelación de datos personales relativos a la salud con fines lucrativos

Noveno. El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim por supuesta vulneración del artículo 197.2, 5 y 6 del Código Penal, se fundamenta en la apreciación de la parte recurrente en el sentido de que en el caso actual no concurre perjuicio de terceros ni ánimo lucrativo.

La Sentencia impugnada aplica el inciso final del último párrafo del artículo 197 del Código Penal 1995 (cuando la revelación de secretos se realiza con fines lucrativos y además afecta a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuese un menor o incapaz).

En el caso actual no cabe duda alguna de que los hechos afectaban a datos de carácter personal que revelaban el estado de salud y minusvalía física de los miembros de la Asociación ASPAYM (asociación de parapléjicos y grandes inválidos físicos), por lo que la concurrencia de la agravación prevenida en el párrafo 5.º del artículo 197, en relación con el inciso final del párrafo 6.º, resulta clara.

En relación con la finalidad lucrativa, el cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico de la Sentencia impugnada, en el cual consta expresa-

mente que el acusado se apoderó «de los datos reservados y confidenciales de la Asociación, referentes a contabilidad, proyectos, presupuestos, gastos e ingresos, así como datos e información referente a los socios (y dada por éstos con carácter confidencial), con indicaciones expresas de su minusvalía y estado de salud, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos, cuentas bancarias donde se descontaban los recibos, etc. y con el fin de utilizar éstos en su propio beneficio (para actividades de contactos, sexo o trabajos fraudulentos que ofrecía)», por lo que consta debidamente acreditada la concurrencia del fundamento fáctico de la agravación prevenida en el párrafo 6.º del artículo 197, no concurriendo infracción legal alguna. Es indudable que si el acusado se apoderó de datos sensibles de una pluralidad de personas enfermas y minusválidas con el fin de utilizarlos en negocios de «contactos», ofrecimiento de servicios sexuales, propuestas de trabajos fraudulentos, etc., como señala la Sala sentenciadora, con la base probatoria obtenida de datos obrantes en el propio ordenador personal del acusado, donde se había introducido la información confidencial sustraída, la finalidad lucrativa de su actuación resulta manifiesta, concurriendo en consecuencia el incremento del injusto que justifica la agravación legalmente prevenida para estos supuestos.

Por otra parte la actuación «en perjuicio de tercero» es también manifiesta. En este contexto por tercero ha de interpretarse cualquier persona que pudiera resultar afectado por el apoderamiento, utilización o modificación de los datos registrados, incluidas obviamente las personas físicas titulares de los datos objeto de apoderamiento, concurriendo claramente en el caso actual dicho elemento subjetivo del tipo por constar que el acusado actuó voluntariamente con plena conciencia del carácter reservado de los datos y de la invasión a la intimidad que representaba su apoderamiento no autorizado con ánimo de indebida utilización.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación del recurso de casación interpuesto.

(Sentencia de 9 octubre 2000)

ARTÍCULO 202

Ámbito y requisitos del allanamiento de morada: deducción tácita de la voluntad contraria a la entrada del morador deducida de los empujones y daños que sufrió

Tercero. (...) El delito de allanamiento de morada, es una infracción contra la inviolabilidad del domicilio que el Código Penal regula en su artículo 202, tutelando tal derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente, destacando en su estructura típica, en lo que respecta al sujeto activo, que lo ha de ser un particular, pues si se trata de autoridad o funcionario público, el comportamiento antijurídico se halla sancionado en el artículo 204, con mejor técnica que el Código Penal derogado, que lo contemplaba en el Título II de su Libro II, pudiendo atribuirse la condición de sujeto activo de la infracción, a cualquier per-

sona con tal de que sea imputable y que no habite en la misma morada; debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aldaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley; finalmente, en cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta.

Como recuerda la Sentencia de 2 de febrero de 1988, y recoge la de 9 de febrero de 1990, una doctrina jurisprudencial repetida y constante tiene declarado que constituye el delito de allanamiento de morada, previsto y sancionado en el párrafo 1.º del artículo 490 del Código Penal de 1973, antecedente del actual artículo 202, el hecho de entrar un particular en casa ajena o en el de permanecer en ella, siempre que se verifique contra la libre voluntad del que la ocupa, condición que no es menester se haya puesto de relieve de una manera expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otros antecedentes. Por ello, como dice la Sentencia de 20 de noviembre de 1987, para la existencia del delito de allanamiento de morada sólo se exige el dolo genérico de tener conocimiento y voluntad de realización del hecho típico, «sin requerirse la presencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto».

La Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1990 mantiene que el delito de allanamiento de morada, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo la acción en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, encarnado en quien fuere morador, voluntad contraria que se presume conforme a las circunstancias del caso, demostrándose la concurrencia del dolo genérico por la entrada en la morada o la permanencia en ella en contra de la voluntad del ofendido.

En este mismo sentido las Sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 1990, de 23 de febrero de 1968 y de 15 de enero de 1976.

Del relato de hechos probados, intangible en esta sede casacional, dada la vía elegida por el recurrente, se desprende sin esfuerzo alguno la clara voluntad contraria a la entrada del acusado en sendas moradas, lo que se refuerza con el empujón sufrido por la víctima y los destrozos causados en la magnitud cuantitativa que lo fueron, por lo que se desestima también este motivo, y con él todo el curso.

(Sentencia de 17 noviembre 2000)

ARTÍCULO 203

Diferencias en la doctrina del TS entre la entrada en domicilio para sustraer y la entrada en establecimientos o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura con ánimo de sustracción, en los que el robo excluye el allanamiento

Primero. El Ministerio Fiscal, en el único motivo de su recurso que reside en el artículo 849.1.º LECrim, denuncia una infracción, por indebida inaplicación, del artículo 202 CP, por entender que en cinco de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida se describen sendos delitos de allanamiento de morada con cuya calificación, por otra parte, se conformó la Defensa del acusado en el trámite previsto por el artículo 793.3 LECrim. El motivo debe ser estimado. El artículo 202 del CP vigente ha venido a reforzar la protección penal de la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, elevando significativamente las penas que para el allanamiento de morada se establecían en el artículo 490 del CP derogado. La agravación parece de todo punto lógica si se tiene en cuenta que la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal y familiar que mediante aquélla se trata de salvaguardar son valores y bienes jurídicos que el artículo 18 de la CE ha elevado al máximo rango garantizándolos como derechos fundamentales. La inviolabilidad del domicilio —se dice en la STC 22/1984— «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido (...) para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública», exención o inmunidad que tienen su causa y razón de ser en que el domicilio es, como se dice en la citada STC, «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». El valor constitucional de la intimidad personal y familiar que, como decimos, explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el CP vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el artículo 202 CP, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse «puesto» siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito. E importa aclarar, antes de seguir adelante, que el mero hecho de que la puerta de una vivienda esté abierta, como lo estaban las puertas de las casas invadidas por el acusado en los hechos enjuiciados, no puede ser interpretado, por sí solo, como un consentimiento tácito a la posible entrada de cualquier extraño, pues es llano que no es presumible el permiso cuando quien entra se propone, por ejemplo, llevar a cabo una sustracción u otra actividad ilícita. La necesidad de que no quede parcialmente inatendida la *ratio* de la norma en cuestión, reduciéndose inmotivadamente los supuestos en que la inviolabilidad del domicilio debe ser penalmente protegida, obliga además a no exigir la concurrencia de un elemento subjetivo que en el tipo diseñado por el legislador no aparece por parte alguna. Nos referimos, naturalmente, a la supuesta forzosidad de que el invasor del domicilio ajeno tenga el ánimo específico de lesionar la intimidad de sus moradores o, lo que es igual,

que actúe con dolo directo de primer grado. Para que el tipo subjetivo del allanamiento de morada de persona física se realice, es suficiente con que se «ponga» el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invade el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad.

Segundo. Es conveniente aclarar que la interpretación que acabamos de hacer no está en contradicción con la doctrina que esta Sala viene sosteniendo en relación con los casos en que se comete un delito de robo con fuerza en las cosas en el domicilio de una persona jurídica, en un despacho profesional u oficina, o en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, doctrina en la que ha basado el Tribunal de instancia su decisión de no apreciar en los hechos enjuiciados los delitos de allanamiento de morada cuya apreciación postula el Ministerio Fiscal. En estos supuestos –SSTS de 18 de mayo y 8 de junio de 1999, entre otras– ha considerado la Sala, efectivamente, que sólo procede tener por cometido el delito de robo, excluyéndose el de allanamiento de morada creado *ex novo* por 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 consecuencia, lo que se expresa en esta doctrina de la Sala es que, protegiéndose en el artículo 203 CP ciertas formas de intimidad profesional o mercantil, aunque con una menor intensidad punitiva que la empleada para la protección de la intimidad personal y familiar –STS de 5 de mayo de 1999– y siendo esta privacidad de menor rango la que debe servir para interpretar correctamente los delitos previstos en el artículo 203 CP –STS de 13 de junio de 1998– la entrada en uno de aquellos locales con ánimo depredatorio, fuera de las horas de apertura, no integrará el nuevo delito de allanamiento sino cuando conscientemente se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada. Ahora bien, así como la lesión o amenaza a esta privacidad no es un resultado necesario de la entrada subrepticia en los locales mencionados, sí se producen necesariamente la lesión o amenaza a la intimidad personal cuando lo que se invade inconscientemente es el domicilio de una persona física. Es por ello por lo que, reafirmando la doctrina jurisprudencial a que se acoge la Sentencia recurrida, si bien constreñida a los casos que fueron contemplados para su formulación, hemos de decir, en referencia a la calificación de los hechos enjuiciados en aquella Sentencia, que el acusado cometió un delito de allanamiento de morada previsto y penado en el artículo 202 CP, en concurso instrumental con una falta de hurto, cada vez que, aprovechando un descuido de sus moradores, y por consiguiente sin su respectiva autorización, entró en las viviendas que se detallan en el *factum*, siendo indiferente que su ánimo en tales ocasiones fuese sólo el de sustraer lo que encontrase, pues este primordial propósito no puede desvanecer la conciencia, que el acusado indiscutiblemente tenía, de invadir domicilios sin consentimiento de sus titulares. Procede, pues, estimar el recurso del Ministerio Fiscal, declarar infringido en la Sentencia recurrida, por inaplicación indebida, el artículo 202 CP y dictar a continuación otra Sentencia más ajustada a derecho.

(Sentencia de 14 junio 2000)

ARTÍCULO 232

Atipicidad de la conducta de hacerse acompañar de menores para mendigar, cuando éstos no mendigan

Único. En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo que acredite que la acusada ejerciera la mendicidad y menos que se valiera para ello de los menores.

El motivo debe ser estimado.

La utilización de menores para la mendicidad constituyó una falta tipificada en el artículo 584 del Código Penal. Así el número 10 de dicho precepto castigaba con arresto menor o multa de 1.500 a 15.000 pesetas a los padres, tutores o guardadores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando o pernctando en parajes públicos, si no probaren ser ajenos a tales hechos, así como a las personas que se hagan acompañar de menores de dieciséis años, sean o no de su familia, con objeto de implorar la caridad pública. Y el número 11 del mismo artículo castigaba con igual pena a los padres, tutores o guardadores que maltrataren a sus hijos o pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar o por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, así como los que entreguen sus hijos o pupilos menores de dieciséis años a otras personas para mendigar.

La práctica de la mendicidad utilizando a menores se convierte en delito por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que introduce un nuevo artículo 489 bis que castiga con pena de arresto mayor a los que utilizen o prestaren a menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad. Si para los fines del párrafo anterior se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 justifica la condición de delito de la utilización de menores para la mendicidad afirmando que es objeto de especial sanción una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad de tan lamentable actualidad.

El vigente Código Penal recoge en el apartado primero del artículo 232 un tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad y en su apartado segundo se contiene un tipo cualificado cuando se traficaren con menores, se empleare violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales, siempre que alguna de estas conductas se realicen con la finalidad de utilizar al menor o incapaz para la práctica de la mendicidad.

El tipo aplicado por el Tribunal de instancia es el básico que se acaba de dejar mencionado, conducta que se comete aun en el caso de que la práctica de la mendicidad se realice de modo encubierto.

No es sencillo establecer el bien jurídico protegido aunque su ubicación en un capítulo que tiene como rúbrica común la de delitos contra los deberes y derechos

familiares implica la persecución del quebrantamiento de determinados deberes y derechos en el seno de las relaciones familiares que en esta figura delictiva se contraen a los que afectan a menores o incapaces que son utilizados para la mendicidad, conducta que supone, en todo caso, una lesión a la dignidad del menor o incapaz que es instrumentalizado para la obtención de dinero.

Los testimonios depuestos en el acto del juicio oral acreditan, en contra de lo que se sostiene en el recurso, que la acusada estaba mendigando y que llevaba en brazos a un hijo de dos meses y que próxima se encontraba otra hija de quince meses que estaba jugando junto a ella. Lo que no ha quedado acreditado y tampoco se recoge en el relato fáctico de la Sentencia de instancia es que los niños estuvieran mendigando, lo que prácticamente resultaría imposible dada la corta edad de los mismos.

La decisión de este recurso exige clarificar el alcance de la conducta típica consistente en utilizar a menores o incapaces para la práctica de la mendicidad. Dos posiciones pueden ser mantenidas. Aquella que sostiene el Tribunal de instancia de que se cumple el tipo no sólo cuando se pide la limosna a través de los menores o incapaces sino también cuando la presencia de los menores es utilizada para provocar la generosidad de los demás. Otra, por el contrario, contrae la tipicidad a aquellos supuestos en los que son los menores o incapaces los que solicitan la limosna, aunque sea de modo encubierto.

Lo cierto es que la dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación. Ello justifica la intervención del Derecho Penal a través de la figura de mendicidad de menores que examinamos. Otra interpretación del tipo básico, previsto en el apartado 1.º del artículo 232 del Código Penal, no resultaría acorde desde un punto de vista gramatical –nada se dice de que sea típica la conducta de aquellas personas que se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad como ocurría en el apartado 10 del artículo 584 del Código Penal antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio–; histórico –los antecedentes legislativos antes mencionados no apoyan esa interpretación, especialmente cuando la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 se refiere expresamente a «destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad»–; lógico ni sistemático –dado el bien jurídico que se pretende tutelar–. Es más, se resistirían los principios de legalidad y mínima intervención que caracterizan al derecho penal y acarrearía efectos criminógenos en perjuicio de los propios menores o incapaces a cuya protección se orienta la conducta típica.

Lo que se acaba de exponer en modo alguno significa indiferencia ante situaciones que, aunque no típicas, representen un riesgo para la salud, la dignidad o cualquier otro derecho o interés en favor de menores o incapaces.

El Ministerio Fiscal (apartado séptimo del artículo 3 de su Estatuto) y las autoridades estatales y autonómicas así como los organismos e instituciones de protección de menores deberán ejercer sus competencias, atribuciones y deberes en beneficio de menores e incapaces, como se dispone en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 172 y siguientes del Código Civil, y en las Leyes aprobadas por los parlamentos de las Comunidades Autónomas en defensa y protección de la infancia, adolescencia y en general de los menores e incapaces, especialmente cuando se produce una situación de desamparo o de riesgo para su salud.

En consecuencia, aunque la conducta objeto de enjuiciamiento no sea típica, el Tribunal de instancia deberá adoptar los acuerdos que estime oportunos a los efectos de que el Ministerio Fiscal, autoridad, organismo o institución estatal o autonómico competente ejercite las medidas de protección que se consideren adecuadas respecto a los menores mencionados en la Sentencia.

La estimación de este motivo hace innecesario el examen del siguiente.

(Sentencia de 10 noviembre 2000)

ARTÍCULO 234

Hurto de reloj a persona ya fallecida: el cadáver no es un objeto inanimado desprovisto jurídicamente de su capacidad de transmitir sus pertenencias a terceras personas

Sexto. (...) 2. Por lo que respecta a la condena por el delito de hurto se comienza utilizando una práctica semejante a la del apartado anterior, pero más adelante se cambia de táctica y con buen criterio concentra los esfuerzos en combatir la calificación jurídica de los hechos probados, partiendo de la admisión del apoderamiento, por parte del recurrente, de un reloj que la víctima llevaba en la muñeca.

En este punto se alega que el titular del objeto estaba muerto cuando se produce el apoderamiento, por lo que difícilmente hubiera podido manifestar su voluntad en contrario.

Desde una perspectiva puramente biológica y anímica, es evidente que una persona que ha perdido la vida, carece de potencias vitales y de capacidad para expresar sus deseos y voluntades, pero no por ello se convierte en un objeto inanimado desprovisto jurídicamente de la posibilidad *ex lege*, de transmitir sus efectos y pertenencias a las personas por él designadas o señaladas por la ley. Resulta innegable que el recurrente no era ninguna de las personas a las que podían transferirse los bienes del fallecido, por lo que su acción depredatoria carecía de su aquiescencia presunta y del refrendo legal necesario para convertir su acción en atípica.

(Sentencia de 11 mayo 2000)

ARTÍCULO 237

Concepto de ánimo de lucro. Irrelevancia del cambio de propósito respecto a qué cosas apoderarse

Único. El único motivo del recurso ha sido formalizado por infracción al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, en su desarrollo la Defensa

alude a dos infracciones jurídicas concernientes a la subsunción del hecho bajo el tipo penal del robo (arts. 237 y 238 del CP). Por un lado se sostiene que el ánimo de lucro no se puede tener por acreditado sólo porque el acusado haya ofrecido colocar la caja registradora en su lugar, toda vez que no es posible determinar que aquél haya siquiera tocado dicha caja. Por otro lado, el recurrente alega que no se dan las condiciones de hecho que permiten afirmar el escalamiento, pues la clara-boya por la que el recurrente entró a la panadería, además de estar abierta, era fácilmente accesible desde el solar por donde aquél accedió al recinto cerrado.

El recurso debe ser desestimado.

1. La noción de ánimo de lucro ha sido ya aclarada en la Jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre las precedentes ya antiguas SSTS de 9-2-1981; 19-10-1981; 21-10-1981; 28-9-1982; 12-2-1985; 20-6-1985; 29-1-1986). De acuerdo con estos precedentes el delito de robo lo mismo que el de hurto, son delitos estructurados sobre una acción contra la propiedad, de apropiación de cosas y, consecuentemente, no pueden ser considerados como delitos de enriquecimiento. En ellos, por lo tanto, el ánimo de lucro se agota en el *animus rem sibi habendi*, es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio.

En consecuencia, si el acusado entró al establecimiento con el propósito de apropiarse de pan, como dijo, lo hizo con *ánimo rem sibi habendi*, pues el pan era una cosa ajena. La circunstancia de que luego haya podido cambiar su propósito dirigiendo su acción hacia una caja registradora, es decir, que la acción haya comenzado con una cierta indeterminación respecto del objeto de la apropiación, no tiene ninguna incidencia en el *animus rem sibi habendi*. En todo caso, lo que permitiría es discutir si el propósito sobrevenido respecto del nuevo objeto (el contenido de la caja registradora) puede constituir una nueva acción, que no resultaría cualificada por la fuerza en las cosas empleada para acceder al lugar. Si esta tesis fuera correcta el acusado debería haber sido condenado por una tentativa de robo y otra de hurto en concurso real. Sin embargo este cambio de objeto del hecho durante la ejecución, en una línea de ataque análoga a la inicial, no ha sido considerada relevante, inclusive en los casos en los que el autor carecía de un plan determinado. La tesis que postuló en la doctrina en estos supuestos un caso de «*aberratio ictus*» consciente ha sido rechazada entendiéndose que el cambio de objeto tiene lugar en el marco del mismo dolo. De todos modos, es evidente que el resultado al que estas consideraciones conducirían es claramente perjudicial al acusado.

(...)

(Sentencia de 10 marzo 2000)

ARTÍCULO 238.1.ª

Escalamiento: doctrina general. Hay escalamiento en quien trepa por una construcción contigua y entra a un piso por la ventana abierta

Segundo. La doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS de 18-1-1999, 15-4-1999, 20-4-1999 y 18-10-1999, entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación enraizada en la definición legal histórica, para restringirlo en el doble sentido de excluir los supuestos de «escalamiento de salida» (SSTS de 22 de abril y 18 de octubre de 1999) al exigir el artículo 237 del Código Penal 1995 que la fuerza en las cosas se utilice «para acceder al lugar donde éstas se encuentren», y de limitar el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido «una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete» (Sentencia de 20 de abril 1999). Se trata, en definitiva, de supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de dicha habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, «una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad» (STS de 15 de abril 1999). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escala los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la «planta baja» (Sentencia de 20 de abril de 1999) o «a nivel de calle» (Sentencia de 18 de enero 1999), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alféizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento.

Tercero. Ahora bien, en el supuesto actual no resulta aplicable esta doctrina restrictiva pues nos encontramos ante un supuesto propio de escalamiento, subsumible claramente en su significado literal o estricto, dado que en el hecho probado consta que el acusado, aprovechando una obra de construcción contigua a un edificio de viviendas, se encaramó ganando una ventana que se encontraba abierta del piso primero izquierdo del edificio, por donde penetró en la vivienda de los perjudicados, en la que cometió el robo. Tanto por el verbo empleado en el relato fáctico para describir la acción (se «encaramó», que significa precisamente «subir una persona a un lugar dificultoso de alcanzar»), como por los medios utilizados (se aprovechó de los elementos existentes en una obra en construcción contigua al edificio de viviendas donde se encontraba el domicilio allanado), como, en fin, por la altura en la que se encontraba situada la ventana de acceso (en el piso primero izquierda de un edificio de viviendas, es decir no en la planta baja ni a nivel del suelo, por lo que fue necesario trepar o ascender con cierta habilidad y esfuerzo a través de los elementos proporcionados por la obra para penetrar en el lugar del robo a través de una ventana de un piso alto, o sea «escalar»), debe concluirse que en el relato fáctico se describe una acción típicamente integradora de escalamiento, que tanto desde la perspectiva del principio de legalidad como del principio de proporcionalidad, ha sido correctamente calificada como robo.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Cuarto. A mayor abundamiento, y desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, ha de señalarse que la acción enjuiciada en este supuesto concreto en ningún caso podría ser calificada como simple hurto, pues consta en el relato fáctico que, sorprendido el acusado por los moradores de la vivienda cuando se encontraba en su interior, empleó violencia sobre las personas para consumir el apoderamiento, es decir, no sólo para darse a la fuga sino para poder «desasirse y huir con el dinero sustraído», lo que calificaría en cualquier caso la acción como robo y no como mero hurto.

La calificación objeto de acusación y condena concretó el hecho delictivo como robo con fuerza en las cosas, subsunción jurídica correcta, como ya se ha analizado, por lo que únicamente se menciona esta consideración adicional a los efectos de ratificar que la energía criminal utilizada no es la propia de un simple hurto.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

ARTÍCULO 241.1

La violencia o intimidación típica en el robo es aquella instrumental al desapoderamiento, ordenada de medio a fin. No lo constituye la amenaza a quien observa un hurto de vehículo

Tercero. 1. En el tercer motivo denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 242.1 del Código Penal. Arguye el recurrente que no existió la intimidación típica, pues la acción de los recurrentes no produjo miedo ni inseguridad en el sujeto que la recibió y no cabe encuadrar la conducta de los acusados en el tipo penal del robo con intimidación.

El motivo, dada la vía impugnatoria elegida, parte del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde su asunción, la errónea subsunción en los preceptos que invoca como indebidamente aplicados.

El relato fáctico declara que los dos acusados procedieron a extraer la gasolina del depósito del combustible de un ciclomotor. La acción fue advertida por una vecina del inmueble cercano que les llamó la atención y los acusados la increparon diciéndole «baja si eres capaz aquí te esperamos», insistiendo uno de ellos, mientras el otro continuaba extrayendo el combustible, diciendo «te voy a rajar». La policía nacional, alertada, llegó al lugar de los hechos y detuvo a los acusados. En la fundamentación de la Sentencia destaca que la intimidación realizada alteró la subsunción del hecho, inicialmente de hurto para convertirse después en un robo con intimidación, si bien la escasa entidad de la violencia hace que el hecho sea subsumido en el párrafo 3.º del artículo 242 y aplicar la pena atenuada del robo con intimidación.

2. Plantea el recurrente el interesante problema de la conceptualización de la intimidación en el robo lo que no es fácil, pues la exigencia de la violencia o de intimidación en la estructura típica de varios tipos penales no ayuda a un concepto claro de su contenido en el delito de robo.

Hemos afirmado (STS de 12-4-1999) que la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, una conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal. Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma inconsciente, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo que la recibe y no ha de olvidarse que en el delito de robo la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al desapoderamiento de un bien mueble que le pertenece o detenta. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer.

Por ello hemos declarado (SSTS de 30-3-1999, 20-9-1999) que la violencia o intimidación típica es aquella instrumental al desapoderamiento, ordenada de medio a fin. La intimidación no dirigida al desapoderamiento, a vencer una voluntad contraria a la sustracción, debe ser calificada de forma independiente a la sustracción pues no va dirigida a constreñir al sujeto pasivo que la recibe a una entrega no querida de un bien mueble. El empleo de la misma debe ser la causa determinante del desapoderamiento.

3. Desde la perspectiva expuesta el motivo debe ser estimado. La expresión de unas frases manifestadas desde la acera de la calle a un vecino del inmueble no tienen la relevancia jurídica penal que el tipo penal del robo con intimidación exige. El sujeto pasivo destinatario de las expresiones no vio limitada su capacidad de decisión de defender un bien mueble, y por ello, desde su libertad no constreñida llamó a la policía que impidió la sustracción y detuvo a los acusados.

Consecuentemente, no hubo intimidación dirigida al robo y la sustracción intentada ha de ser subsumida en la falta de hurto del artículo 623 del Código Penal y en la falta del artículo 620.2, procediendo imponer dos penas de multa de 10 días y de 1 mes, respectivamente por las faltas contra la persona y contra el patrimonio.

(Sentencia de 13 junio 2000)

ARTÍCULO 242.1

La condena por el robo con uso de medios peligrosos y por las lesiones ocasionadas no vulnera el principio non bis in idem

Único. Por la representación procesal del recurrente, condenado por Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla, por un delito de robo y una falta de lesiones, se formalizó recurso de casación fundado en un único motivo de impugnación, que se ampara en el núm. 1 del artículo 849 de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 237 y 242 núms. 1 y 2 así como del artículo 617 del Código Penal.

A) Alega el recurrente que se ha vulnerado el principio *non bis in idem* toda vez que la violencia o intimidación propias del robo son tenidas en cuenta tanto para integrar el tipo de robo violento, como para integrar el tipo cualificado en el apartado segundo del artículo 242, así como para integrar la falta de lesiones, siendo el imputado condenado por todas estas conductas. Asimismo se produce indeterminación del arma utilizada que tan sólo es descrita de forma genérica como un arma de grandes dimensiones sin que por ello se pueda valorar si las dimensiones eran suficientes como para causar la intimidación prevista en el apartado segundo del artículo 242.

B) 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 (STS de 27-4-1999.)

El delito de robo se define, con carácter genérico, por el empleo de fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o por el empleo de violencia o intimidación. Esta violencia o intimidación definitiva de esta especial modalidad del robo, se configura desde el momento en que el sujeto pasivo se ve atacado en su integridad física o simplemente se siente atezado y atemorizado por la actitud violenta del sujeto activo, que puede ser o no acompañada del uso de armas o instrumentos peligrosos. La intimidación no exige ni necesita una actuación física sobre el cuerpo de la víctima siendo suficiente con la producción del impacto anímico que sirve para compeler su libertad al hacerle surgir temor sobre su seguridad. 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.

La exhibición del arma es una forma de uso que puede ir unida a gestos o ademanes que denoten la firmeza de propósitos o intenciones del autor del hecho que en caso contrario difícilmente se conseguiría un efecto intimidante. Precisamente de esta perseverancia en aumentar los efectos intimidantes pueden surgir riesgos añadidos derivados de una eventual reacción de los sujetos asaltados.

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 (STS de 24-6-1998).

El delito de robo con violencia o intimidación, que supone el supuesto básico, se agrava cuando el legislador considera como un desvalor añadido que el sujeto activo se haya valido, para concretar la intimidación, de un instrumento potencialmente peligroso. No se trata, como se ha dicho por esta Sala, de valorar dos veces la circunstancia material del efecto intimidatorio, sino de agravar éste cuando además el efecto intimidante se consigue por medio de la exhibición de instrumentos de tanta peligrosidad como una aguja aplicada a una jeringuilla, cuyo manejo agresivo, en el caso de resistencia de la víctima puede causar lesiones de cierta consideración como sucedió en el caso presente (STS de 30-12-1998.)

C) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en la condena del recurrente por el uso de medios peligrosos y la causación de las lesiones no se ha vulnerado el principio *non bis in idem* que se invoca, ya que en primer lugar el fundamento de la aplicación del tipo agravado viene dada por el mayor peligro que implica la mera exhibición o utilización conminatoria del medio peligroso. Por otro lado, en cuanto se produce el despojo patrimonial y además un resultado lesivo, estamos ante dos hechos autónomos que atentan a bienes jurídicos distintos y que a tenor de lo establecido en el artículo 242.1 deben ser penados de forma independiente.

D) En cuanto a la descripción del medio empleado, el hecho probado establece que el hoy recurrente exhibió un cuchillo de grandes dimensiones, instrumento sin duda idóneo para crear peligro para la integridad física del sujeto pasivo.

E) Tiene declarado esta Sala que es medio peligroso el que aumenta o potencia la capacidad agresiva de su portador y a su vez crea un mayor riesgo real para la víctima.

Esta agravación trata de responder, pues, al mayor reproche que merece la conducta de quien por emplear tales medios o instrumentos en la ejecución genera un especial peligro para la vida o integridad física de las personas (STS de 22-10-1998).

Procede en consecuencia con todo lo expuesto, la inadmisión del motivo casacional alegado, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 884 núm. 3 y 885 núm. 1 de la LECrim.

(Auto de 15 marzo 2000)

Concepto de casa habitada: lo es la segunda vivienda cuyo interior no está terminado

Primero. (...) B. Dado que en el nuevo Código Penal se sigue considerando figura agravada el robo con fuerza en las cosas (art. 240), el cometido en «casa habitada» (art. 241.1), se ha mantenido el concepto legal de «casa habitada» del Código derogado (art. 242.2).

El concepto de casa habitada, según tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia, no puede quedar limitado al de vivienda habitual o domiciliaria de su poseedor por cualquier título, ya que por tal ha de entenderse lo que hoy día se llama «segunda vivienda» o, incluso, otro tipo de aposento que pueda ser utilizado, con mayor o menor frecuencia, por quien detenta esa posibilidad de uso. Así nos lo indican, por citar algunas, las Sentencias de 19 de mayo de 1986 y 13 de febrero, 21 de abril y 14 de julio de 1989, cuando nos dicen, entre otras cosas, que «por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación aunque tan sólo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo necesario que lo sea de manera permanente, ya que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente», es decir, que con este simple dato se cumple la verdadera «ratio legis» de la norma agravatoria que no es otra que, además del ataque a los bienes ajenos, la mayor peligrosidad que supone penetrar en casa habitada o con posibilidad de serlo en cualquier momento (STS de 8-7-1991).

C. En el caso de autos, consta en los hechos probados que el inmueble donde se apoderaron de los objetos era utilizado por el señor Q. como segunda residencia, a donde acudía todos los fines de semana sin perjuicio de que algunas de las dependencias interiores no estuvieran acabadas, lo que no le impedía pernoctar y realizar las funciones propias de toda vivienda. Por otra parte, la cualidad de los objetos sustraídos, figuras de porcelana, una guitarra, una enciclopedia, cintas de vídeo, utensilios de menaje, una tienda de campaña, ropa de cama, un televisor y muebles y enseres personales, avalan la afirmación de que la vivienda se encontraba habitada, con independencia de que algunas de sus dependencias interiores estuvieran sin terminar.

(Auto de 11 febrero 2000)

ARTÍCULO 242.2

No procede el tipo agravado de robo con uso de armas u otros medios peligrosos si el objeto supuestamente punzante no se describe en la Sentencia

Tercero. El segundo motivo del recurso, expresamente apoyado por el Ministerio fiscal, e incardinado igualmente en el cauce procesal previsto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la indebida aplicación del párrafo segundo del artículo 242 del Código Penal («la pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevar...»). Para ello hemos de basarnos exclusivamente en el relato de hechos probados que la Sentencia recurrida declara como acreditados, y concretamente dice que «Juan Antonio se aproximó de forma subrepticia (a la víctima) y le sujetó por el cuello al tiempo que le ponía algo que produjo una sensación punzante contra la espalda, exigiéndole la entrega del dinero que llevara. Ante la oposición del agredido, Juan Antonio forcejeó con él, en el

curso del cual la víctima sufrió una herida en el brazo que ha merecido la primera asistencia médica». En la fundamentación jurídica, la Sala de instancia razona que resulta innegable que el testigo sufrió una herida inferida en su brazo, aunque por la ilegibilidad del parte médico resulta imposible saber si aquella ha sido producida por un objeto punzante, y como, por otro lado, el testimonio de la víctima carece en este punto de la precisión necesaria, termina razonando que «no debe descartarse que la lesión se pudiera producir en el curso del forcejeo, a consecuencia de un rasguño producido por una uña o por algún adorno en la ropa». No obstante lo cual, la Sala impone el subtipo agravado con fundamento en la Sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1993. Dicha Sentencia no es aplicable al caso ahora enjuiciado, ya que se refiere a una jeringuilla, si bien se diga en ella que por arma se entiende, a los efectos del párrafo final del artículo 501 del anterior Código Penal, todo instrumento vulnerante, es decir, todo aquel que puede herir, o lo que es lo mismo aptitud para penetrar en las carnes, por lo que una jeringuilla hipodérmica goza de las características expresadas, y ha de reputársele como tal o al menos objeto peligroso —cfr. SSTS de 18 febrero y 22 mayo 1992—. Éste no es el caso, ya que la Sala no ha descrito el objeto, supuestamente punzante, sino que se trataba de «algo que produjo una sensación punzante contra la espalda». La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado en varias ocasiones de objetos punzantes, pero siempre con la debida descripción del mismo. Así, fue considerada la aplicación de la agravación por la mera exhibición de un objeto punzante (STS de 19-11-1999) o la utilización del mismo, con el que se causan varias puñaladas (STS de 2-4-1998). Pero en la Sentencia de 7 de marzo de 1998, se analiza un caso idéntico al ahora enjuiciado, en cuyo *factum* se hace constar un «objeto punzante no identificado». Razona dicha Sentencia que la inconcreción y la falta de taxatividad en cuanto al objeto empleado nos coloca ante una situación de incertidumbre que debe ser analizada para determinar si el subtipo agravado que se ha aplicado por la Sala sentenciadora puede ser imputado a la conducta del autor. Desde un punto de vista gramatical, punzante es todo aquello que sea capaz o sea susceptible de originar un «pinchazo», por lo que dentro de su concepto se pueden integrar una serie de elementos que reuniendo estas características, no puedan ser calificadas como instrumentos peligrosos (un bolígrafo, un lápiz, la punción dactilar, etc.). Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala que, tanto los hechos imputados como las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal derivadas de la concurrencia de agravantes genéricas o específicas deben estar firmemente probadas, por lo que debe exigirse que el juzgador describa, con la mayor precisión posible, todos los elementos que configuran la aplicación del subtipo agravado; en caso de duda, la solución debe decantarse por la eliminación de las consecuencias agravatorias. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, ya que la falta de descripción del objeto amenazante, incluso la indeterminación absoluta del mismo («le ponía algo que produjo una sensación punzante»), lleva como consecuencia la estimación del motivo y la desaparición de las consecuencias agravatorias. En apoyo de esta tesis, dice el Ministerio Fiscal que no especifica la Sala de instancia el instrumento utilizado, por lo que, si no se describe el objeto empleado, no puede apreciarse la agravación que se ha estimado en la Sentencia recurrida. Igualmente la Sala sentenciadora se plantea como hipótesis que la herida causada puede ser atribuida a una uña u otro objeto, como un adorno de la ropa; es decir, no hay objeto punzante, solamente sensación, que es algo psicológico, pero no material. La potencialidad agresiva del arma o instrumento peligroso, que integra un concepto

normativo, tiene que quedar adecuadamente probada y correlativamente descrita por la Sala, de modo que en aquellos casos en que se duda de su concurrencia o que manifiestamente no son susceptibles de crear peligro alguno para la vida o integridad física de la víctima, el subtipo agravado estudiado, no puede ser apreciado. El motivo debe, pues, ser estimado.

(Sentencia de 4 de febrero de 2000)

La pistola de fogueo es un medio peligroso

Segundo. (...) Por último, en relación con el medio empleo para la comisión de los hechos, arma de fogueo, su inclusión en el subtipo agravado del apartado segundo del artículo 242 CP, ha sido reiteradamente admitida por este Alto Tribunal. Así, por citar una de las más recientes, la STS de 20-9-1999 se expresa en el sentido de consolidar la Jurisprudencia aplicable al caso, incluyendo en el catálogo de instrumentos peligrosos, aquellas armas que aun careciendo de cargador o, por ser simuladas o de fogueo, pueden transformarse en un elemento agresivo y contundente con riesgo para las personas que sufren el hecho delictivo, añadiendo que «el solo hecho de que la pistola haya sido calificada de fogueo, pone de relieve que tiene que estar construida con materiales sólidos y metálicos para posibilitar la deflagración (...) con estas características es evidente que la pistola, por el posible riesgo derivado de un disparo cercano de fogueo y por su composición pudo ser utilizada como elemento contundente, lo que la convierte en un instrumento peligroso de acuerdo con reiterada Jurisprudencia de esta Sala». En el acta del juicio oral, uno de los testigos, Policía Nacional, declara acerca de la compra por el acusado de la pistola de fogueo, hecho que fue comprobado, que no vio la comprada, «pero en la tienda vio otras similares. Que una persona que no conozca el arma, se asemeja bastante. Que para amedrentar sirve» (*sic*). Por lo demás, también es doctrina reiterada la suficiencia de la función intimidatoria de los medios utilizados, incluyendo todo objeto que pueda ser considerado y empleado de manera contundente o incisiva, por cuanto ello aumenta la peligrosidad, lleva consigo una mayor potencialidad lesiva para otros bienes distintos del patrimonio y supone la creación de un mayor riesgo para la víctima (AATS de 18-6-1997, 21-1 y 25-2-1998 y STS de 3-2-1998).

(Sentencia de 11 abril 2000)

Jeringuilla con aguja es un instrumento peligroso

Único. (...) Ya se ha pronunciado esta Sala sobre la necesidad de que la jeringuilla que con efectos intimidantes se esgrimía para robar ha de constar que tenía a su extremo colocada la aguja para poderla considerar instrumento peligroso (SSTS de 19 de octubre de 1998, 3 y 10 de febrero, 21 de abril y 30 de diciembre de 1998), ya que la calificación de peligroso de un instrumento está en función de

su capacidad de potenciar o aumentar la capacidad agresiva del agente y de creación de un mayor riesgo para el atacado.

(Sentencia de 10 mayo 2000)

Una escopeta de la que se desconoce su estado de funcionamiento es un objeto peligroso

El cuarto motivo, por el cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 denuncia por indebida la aplicación del subtipo agravado de empleo de armas o instrumentos peligrosos en relación a la utilización de la escopeta o carabina que esgrimió el recurrente.

Se afirma que se desconoce su aptitud de disparo y funcionamiento, y en base a ello se cuestiona que pueda tener la consideración de instrumento peligroso.

Ciertamente que esta Sala en relación al uso de pistolas simuladas de las que nada se sabe, tiene declarado que para su valoración no como arma sino como instrumento peligroso a los efectos de la aplicación del tipo agravado del artículo 242.2.º, tiene declarado que es preciso alguna determinación respecto del material con que pueda estar construida a los efectos de dicho apartado, que encuentra su justificación penal en el incremento de la capacidad agresiva del delincuente, sin que por ello, el silencio respecto de la capacidad del arma de fuego para efectuar disparos o sobre la aptitud para valorarla como instrumento peligroso por su capacidad vulnerante dados los materiales con los que está construido, puede interpretarse en contra del reo –en tal sentido STS de 9 de diciembre de 1999.

En el presente caso no se está en presencia de pistolas, sino de una carabina o una escopeta, de las que se ignora su funcionamiento, si bien por simple máxima de experiencia se sabe que son instrumentos más grandes y de mayor contundencia, uno de los testigos-víctimas, la señora P., reconoció que la escopeta le pareció enorme. Todo ello abona a que en el presente caso, puede afirmarse que la escopeta o carabina sí puede estimarse como instrumento peligroso, dado su tamaño y la mayor capacidad agresiva, con independencia de que no pudiese efectuar disparos.

Verificada en esta sede casacional la razonabilidad del juicio efectuado por la Sala sentenciadora, debe concluir el control casacional con el rechazo del motivo.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 julio 2000)

La exhibición del arma equivale a su uso, sin que sea necesario su empleo directo

Tercero. El cuarto motivo se formaliza para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 242.2.º del CP.

El autor del recurso –sin disentir que su patrocinado portaba en el momento de los hechos una pistola simulada «réplica de la pistola “Walter”, modelo “PPK”,

calibre 7,65mm— que no era apta para el disparo, pero que, por su peso y contundencia, podía causar efecto lesivo mediante su uso», estima que, en tanto que el precepto citado «se está refiriendo al uso, entendiéndose por tal un uso real no un uso hipotético, pues el hecho de portar tal pistola simulada ya hace que estemos ante la intimidación prevista en el artículo 242.1.º, sin que en ningún momento se usara, sostiene que resulta inapropiado condenar a su cliente como autor de dos delitos de robo con intimidación y uso de instrumento peligroso en grado de tentativa, por considerar que dicho instrumento no se llegó a usar».

La tesis resulta en extremo forzada desde una ortodoxa perspectiva interpretativa de las expresiones normativas, dado que —como bien recuerda el Fiscal impugnante del recurso refiriendo al efecto varias Sentencias de esta Sala de 24-9, 28-12-1992 y 21-11-1997— el uso de armas es apreciable no sólo en el caso de su empleo directo (disparo, pinchazo), sino también en los supuestos de exhibición intimidatoria, pues medio peligroso es el que aumenta o potencia la capacidad agresiva de su portador y, a su vez, crea un mayor riesgo real para la víctima. En tanto que trata de responder al mayor reproche que merece la conducta de quien por emplear tales medios o instrumentos en la ejecución genera un especial peligro para la vida o integridad física de las personas, es por lo que, según una doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 24-9-1992 y 10-2-1998, entre otras muchas), la mera exhibición del arma o medio peligroso equivale a su uso, a efectos de aplicar la agravante específica del apartado 2 del artículo 242 del CP de 1995, siempre que por la situación relativa del agresor portador del arma o medio peligros y de la víctima, el primero mediante los correspondientes movimientos o accionamientos, tenga la posibilidad de dirigir el arma contra la persona asaltada.

Se ratifica tal determinación con la doctrina de este Tribunal que, en Sentencias como las de 18-2-2000 y 22-4-1999, explicita que el concepto de uso no se ciñe a la efectiva operatividad de las armas o instrumentos (disparos, golpes, pinchazos, heridas y maltrato en general), sino que basta a la configuración del subtipo el «hacer servir para algo», esto es, incluso la exhibición del arma o instrumento peligroso, en uso intimidatorio, empuñándolos o esgrimiéndolos con gestos o aptitudes inequívocamente amenazadores, siempre en manifestación exterior o suficientemente visible, porque el texto legal no exige ese plus de ejecución y la justificación de la agravación reside en el riesgo o peligro inherente al porte de armas o medios peligrosos que alcanza mayor gravedad cuando se esgrimen para paralizar o cohibir la reacción de la víctima frente al despojo.

(Sentencia de 25 julio 2000)

No basta usar un medio peligroso, es necesario que sea equiparable a las armas. Una escopeta recortada de hierro que no funciona y un revólver de fogeo no son medios peligrosos equiparables a las armas

Cuarto. Aclaradas las cuestiones de hecho, pasamos a las relativas a la calificación jurídica, examinando en primer lugar los motivos segundos de los recursos de Ricardo y Antonio y el tercero de Alberto. En los tres, por el cauce del núm. 1.º

del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 242 CP, que agrava la pena en estos delitos de robo con violencia o intimidación en las personas «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré...», aduciendo que la escopeta recortada no funcionaba y que el revólver era de fogueo.

Ya hemos anticipado que han de estimarse estos motivos.

La Sentencia recurrida, en su fundamento de derecho 2.º, se refiere a este tema. Aplica al caso el mencionado subtipo agravado del artículo 242.2 porque «aunque la escopeta de cañones recortados no estuviera en funcionamiento, por su propia estructura y por los materiales con que está fabricada, hierro, es en todo caso un objeto peligroso en tanto que con él se pueden inferir ataques que pueden ser graves contra la integridad o la vida de las personas».

Evidentemente esa escopeta de hierro es un objeto con el que se puede atacar y lesionar a una o varias personas, pero nada nos dice la Sentencia recurrida respecto de que esa peligrosidad sea igual que si de armas propiamente dichas se tratara, como exige actualmente de modo expreso este artículo 242.2, a diferencia del texto paralelo del CP anterior que en el último párrafo del artículo 501 no tenía la palabra «igualmente», con la que ahora se exige una equiparación en la peligrosidad de esos medios peligrosos respecto del concepto «armas». No basta usar un medio peligroso, es necesario que ese medio peligroso sea equiparable a las armas. Sobre esta equiparación tenía que haber razonado la audiencia en este caso en que lo utilizado para intimidar eran unas simuladas armas de fuego, que parecían tales sin serlo, porque el revólver era de fogueo y la escopeta recortada no funcionaba, según se dice en el relato de hechos probados. Si se trata de intimidar con unas armas que aparentaban unas determinadas características que luego se comprobó que no tenían, en realidad no hay un mayor peligro contra las personas en el ataque perpetrado, al menos no ese mayor peligro previsto por el legislador para aplicar esta figura de delito agravada. No son los objetos esgrimidos lo que aparentan ser. No cabe aplicar la agravación por uso de armas y así lo consideró de modo acertado la Sentencia recurrida.

Ahora bien, si se quiere aplicar el otro concepto alternativo usado en la misma norma penal («a otros medios igualmente peligrosos»), hay que decir por qué tales objetos se equiparan a las armas, como consecuencia del adverbio «igualmente» que ahora se ha introducido en este artículo 242.2 del CP actual. Así las cosas no parece que por el hecho de ser de hierro la escopeta recortada pueda realizarse esa equiparación. Nos parece evidente que no son igualmente peligrosos estos medios utilizados para robar que las armas de fuego que aparentaban ser. Adviértase que en este caso no se utilizó la escopeta como elemento contundente, sino sólo para amenazar. Es decir, la escopeta recortada que no funcionaba y el revólver que resultó ser de fogueo no tenían la peligrosidad que su aspecto exterior denotaba y tampoco eran «medios igualmente peligrosos» por el material de que estaban contruidos. Hubo un engaño en la intimidación, unas amenazas con armas falsas, que no encajan en los conceptos utilizados en el artículo 242.2 que, por todo ello, fue mal aplicado al caso.

Han de estimarse estos motivos de los tres recursos de Alberto, Ricardo y Antonio, estimación que ha de beneficiar al otro condenado, Juan, por lo dispuesto en el artículo 903 LECrim.

(Sentencia de 27 diciembre 2000)

ARTÍCULO 242.3

Menor entidad de la violencia ejercida en el supuesto del robo por el procedimiento del tirón sin derribar ni causarle lesión a la víctima

Tercero. El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la vulneración, por falta de aplicación, del artículo 242.3.º del Código Penal de 1995. Estima la parte recurrente que procede la aplicación del subtipo atenuado prevenido en el párrafo tercero del artículo 242 del Código Penal, pues «no hubo uso de ningún medio de violencia lesivo y estuvo ausente cualquier intimidación conminatoria. No se alegó ninguna lesión, ni acto de mandato injusto o de conminación. Por último, el valor de lo sustraído, como se reconoció, es escaso».

El motivo debe ser estimado.

El hecho cometido consistió, conforme al relato fáctico de la Sentencia impugnada, en «arrancar de un fuerte tirón una cadena con colgante que portaba Serafín S. A., valorada en 51.500 ptas». El artículo 242.3.º del Código Penal describe un tipo atenuado sancionado con la pena inferior en grado para los supuestos de robo en que concurra una menor entidad de la violencia o intimidación, valorándose además las restantes circunstancias del hecho. Como señala la Sentencia de 21 de noviembre de 1997, nos encontramos ante supuestos en los que se aprecia una menor antijuridicidad del acto, y al tratarse de un delito pluriofensivo en que se atenta al patrimonio además de a la indemnidad y libertad de la víctima, el menor contenido de injusto puede atender también al escaso valor de lo sustraído.

Ahora bien, lo más relevante es la menor entidad de la violencia o intimidación ejercida sobre la víctima. Entre estos supuestos de menor entidad cabe contemplar aquellos en los que no concurre intimidación y la violencia sobre la víctima es mínima ejerciéndose de forma indirecta (se actúa contundentemente sobre un objeto que porta la víctima, forzando con ello violentamente a ésta a desprenderse de él), es decir en la modalidad depredatoria conocida ordinariamente como «tirón», siempre que no se ocasionen lesiones o se ponga a la víctima en un peligro concreto como sucede en los tirones que se realizan desde un vehículo en marcha o que provocan el derribo, arrastre o caída del perjudicado.

Cuarto. En el supuesto actual el grado de violencia aplicado sobre la víctima es mínimo (un fuerte tirón de la medalla que rompió la cadena que su propietario portaba alrededor del cuello), no constando que se le ocasionase lesión alguna, ni tampoco que fuese derribada o se pusiese en peligro. Junto a ello debe atenderse como circunstancia adicional al moderado valor de lo sustraído, que supera solamente en 1.500 ptas. la cuantía límite de las faltas, en los supuestos de hurto (art. 234 Código Penal 1995). En consecuencia el hecho debe ser sancionado aplicando el tipo atenuado del artículo 242.3.º del Código Penal.

Quinto. En definitiva, conforme a la doctrina de esta Sala (STS 6 de octubre de 1999), el denominado «tirón» consistente en la acción de tirar con violencia o golpe impetuoso de un objeto portado por la víctima para vencer o romper la sujeción que determina la resistencia de su titular a la apropiación ajena, constituye un delito de robo, y no de hurto, porque supone una violencia material sobre la persona que porta el objeto apetecido por el agente, salvo supuestos excepcionales

que pueden calificarse de hurto cuando la sustracción se verifique con notoria y manifiesta preponderancia de la habilidad y la destreza propia del hurto sobre la fuerza propia del robo.

Ahora bien la calificación como robo con violencia no debe excluir la posibilidad de aplicación del tipo atenuado prevenido en el párrafo tercero del artículo 242, cuando, como sucede en el caso actual, la violencia ejercitada es mínima y el valor de lo sustraído es moderado.

Procede, por todo ello, estimar el motivo de recurso formulado por infracción de ley, dictando segunda Sentencia en el sentido indicado.

(Sentencia de 15 julio 2000)

Menor entidad de la violencia ejercida en el robo, al utilizar jeringuilla sin aguja con un líquido rojo que aparentaba tener sangre

Cuarto. (...) C) Veamos ahora cuáles son los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este artículo 242.3.

Como ya se ha dicho, la propia norma nos conduce al hecho en su objetividad (no en la culpabilidad) y en sí mismo considerado a través de los siguientes términos:

1.º «Menor entidad de la violencia o intimidación», criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión «además» que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2.º «Además las restantes circunstancias del hecho», elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindible para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al sujeto activo, hay que considerar si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá tenerse en cuenta el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas «restantes circunstancias del hecho», la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas circunstancias

antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad.

Todos estos criterios han de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1.º o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

No olvidemos que, como antes se ha dicho, la razón de ser del precepto es la de dar al Juzgador unas mejores posibilidades de adaptación de la pena al caso concreto, evitando el que sea forzoso imponer una determinada sanción cuando la menor gravedad del hecho aconseje otra de menor entidad.

D) Aplicando los criterios antes referidos al caso presente, entendemos que no ha de apreciarse aquí la rebaja de pena prevista en el artículo 242.3 CP. Porque utilizar una jeringa, aun en el caso de no tener aguja, con un líquido rojo que aparentaba ser sangre, tiene una relevante capacidad de intimidación, por el miedo que cualquier persona tiene a la transmisión del sida por medio del contacto con la sangre contaminada, según se ha divulgado en los últimos años tanto respecto del procedimiento de contagio como de la gravedad de este síndrome, de muy difícil curación y que puede conducir a la muerte por la disminución de defensas en el sistema inmunológico de quien lo padece.

Aunque objetivamente una jeringuilla sin aguja no tuviera capacidad para transmitir la infección que pudiera tener el líquido rojo que contenía tal instrumento, entendemos que esa apariencia de sangre en el interior del instrumento que se utiliza como medio para amenazar, sin que la víctima se percatara de si tenía o no aguja, como ocurrió en el caso aquí examinado, tiene aptitud para producir un fuerte impacto psicológico en la persona que sufre la intimidación, y ello impide aplicar al caso la atenuación de pena que estamos examinando, aunque ciertamente la cantidad sustraída, 5.000 ptas., haya de considerarse de menor importancia.

Ha de rechazarse este motivo 3.º.

(Sentencia de 20 julio 2000)

Criterios para determinar la menor entidad de la violencia ejercida en el robo. Compatibilidad con la agravación del uso de armas u objetos peligrosos

Segundo. El segundo motivo se formaliza igualmente por pura infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 242.3 del Código Penal, motivo que es apoyado por el Ministerio fiscal en esta instancia.

Tal artículo 242.3 permite sancionar los robos con violencia o intimidación en las personas con la pena inferior en grado a la prevista en el artículo 242.1, «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho».

Siguiendo a la Sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2000, podemos decir que esta norma constituye una interesante novedad del CP 1995 que viene a per-

mitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias concretas del caso, una más adecuada proporcionalidad en definitiva, a fin de solucionar aquellos supuestos que, mereciendo la cualificación de robos, y no de hurtos, por existir realmente una violencia o intimidación, sin embargo, por la poca importancia del elemento coaccionador contra la víctima, resultaban con una pena desproporcionada. Como ya ha dicho esta Sala, tales robos con violencias o intimidaciones de orden menor no deberían estar sancionados con la misma pena que los atracos hechos con armas de fuego, por ejemplo.

Lograr una mejor adaptación de la pena a las concretas circunstancias del caso es la razón de ser de este precepto, y ello nos conduce a la estimación de este motivo del recurso de casación que estamos examinando.

Al respecto hemos de hacer las consideraciones siguientes:

A) En primer lugar insistir en algo que esta Sala ya ha dicho repetidamente (SSTS de 21-11-1997 y 30-4-1998): que esta rebaja de la pena del artículo 242.3 viene determinada por la menor antijuridicidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, como claramente se deduce de su propia redacción —«entidad de la violencia o intimidación» y «circunstancias del hecho»—, en unos términos que nos conducen al suceso acaecido en su dimensión objetiva.

Pero hemos de añadir aquí que tal dimensión objetiva, referida a la existencia de una menor antijuridicidad, ha de limitarse al hecho en sí mismo considerado. Lo que deducimos de esos mismos términos concretos que utiliza esta norma penal. Entendemos que tal forma de expresarse hace posible la aplicación de este artículo 242.3 en los casos en que concurre la circunstancia agravante de reincidencia, 8.^a del artículo 22.

B) Asimismo la doctrina de esta Sala, también de forma reiterada, desde la Sentencia de 21-11-1997, antes citada, y particularmente desde que así se acordó en una reunión del Pleno de 27-2-1998 (véanse las SSTS de 9-3, 30-4 y 23-7 de 1998), viene aplicando esta norma de rebaja discrecional de la pena también en los casos en que concurre alguna de las circunstancias de agravación específica previstas en el párrafo 2 del mismo artículo 242, después de alguna vacilación inicial, por entenderse que, a veces, hay casos en que aparece desproporcionada la pena también en estos supuestos de uso de armas u otros medios peligrosos. Incluso en tal doctrina jurisprudencial hay referencias en concreto a determinados sucesos en que la intimidación consistió en la mera exhibición (sin agresión) de armas o instrumentos de no acentuada peligrosidad (así también la STS de 5-3-1999).

C) Veamos ahora cuáles son los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este artículo 242.3.

Como ya se ha dicho, la propia norma nos conduce al hecho en su objetividad (no en la culpabilidad) y en sí mismo considerado a través de los siguientes términos:

1.º «Menor entidad de la violencia o intimidación», criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión «además» que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2.º «Además las restantes circunstancias del hecho», elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindibles para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que

examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

- a) El lugar donde se roba.
- b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.
- c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.
- d) La experiencia nos dice que de todas estas «restantes circunstancias del hecho», la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1.º o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3. No olvidemos que, como antes se ha dicho, la razón de ser del precepto es la de dar al Juzgador unas mejores posibilidades de adaptación de la pena al caso concreto, evitando el que sea forzoso imponer una determinada sanción cuando la menor gravedad del hecho aconseje otra de menor entidad.

D) A la hora de aplicar estos criterios al caso presente, en primer lugar hay que entender que el hecho de abalanzarse sobre la víctima para lograr su caída al suelo y aprovechar esta circunstancia para quitarle el dinero, supuesto de la Sentencia citada de 18 de abril de 2000 y del caso ahora enjuiciado, encaja perfectamente en ese concepto de «menor entidad de la violencia» que recoge literalmente el artículo 242.3. Y en cuanto a «las restantes circunstancias del hecho», la única digna de tenerse en cuenta a los efectos aquí examinados es la relativa a la escasa cuantía de lo sustraído, unas mil pesetas, que es un dato más en favor de la aplicación de esta norma penal.

Por estas razones, procede casar la Sentencia y dictar segunda Sentencia, estimando, pues, este segundo motivo.

(Sentencia de 20 octubre 2000)

ARTÍCULO 244

Se comete el delito de robo de uso cuando se sustrae el vehículo, no cuando se usa, salvo que exista una subsiguiente sustracción

Único. La Sentencia recurrida condenó a Cristian Enrique C. A. y a Lucio C. como coautores de un delito de robo en una vivienda donde fueron detenidos por la

policía con parte del botín, pero no con todo, pues un tercero logró huir con joyas valoradas en más de un millón de pesetas.

Los tres autores del hecho habían llegado al lugar en un vehículo que había sido sustraído cuando estaba estacionado en la calle. Al ser recuperado tras el mencionado robo tenía fracturado el clausor y hecho el puente, sin haberse probado quién lo había tomado inicialmente del lugar donde estaba aparcado.

Habían sido acusados tales Lucio y Cristian Enrique también del delito de robo de uso de vehículo del artículo 244.1 y 2 CP y, como fueron absueltos por la Audiencia Provincial de Madrid, el Ministerio Fiscal recurrió en casación por un solo motivo al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, en base a la doctrina de esta Sala, expresada en la Sentencia de 10 de junio de 1998, que en un caso semejante al presente había condenado por delito de hurto de uso (no robo de uso), al no haberse probado la autoría de la sustracción inicial, pero sí el uso posterior revelador de que había existido antes una sustracción posterior a la primera, esta última sin utilización de fuerza. Con posterioridad a tal resolución de 10 de junio de 1998 hubo otras dos de esta misma Sala, las de 22 de diciembre del mismo año y la de 9 de julio de 1999, en el mismo sentido.

Pero esa doctrina jurisprudencial no es aplicable al caso presente, pues para tal condena por hurto de uso (no por robo de uso) se partía de la existencia de un apoderamiento del vehículo sin fuerza en las cosas posterior al apoderamiento inicial con uso de tal clase de fuerza. Una sustracción múltiple que permitía la condena por el posterior a los acusados que habían reconocido haber tomado el vehículo cuando ya tenía hecho el puente y rota la puerta, ventana o cerradura. En base a tal segundo apoderamiento, reconocido por los acusados, se podía absolver del robo de uso y condenar por el hurto de uso.

Pero tal no es posible en el caso presente, en el que, en el relato de hechos probados, no aparece base alguna para poder decir que aquí existió ese doble apoderamiento. Sólo consta que no se probó que los acusados hubieran tenido participación en el único que aparece acreditado. A veces las audiencias en estos casos, haciendo un uso correcto y razonado de la prueba de indicios, cuando se puede acreditar que hay una corta distancia temporal entre el hecho de la sustracción inicial del vehículo y la posterior detención de sus ocupantes, pueden dar como probado que fueron éstos quienes se apoderaron del vehículo. Pero esto tampoco ocurrió en el caso presente.

En conclusión, no ha de aplicarse al caso, esta dirección jurisprudencial en la que se apoya el Ministerio Fiscal para recurrir en el caso presente, que tiene un carácter excepcional y sólo cabe cuando hay base fáctica para poder afirmar que hubo el doble apoderamiento mencionado. Ha de aplicarse la que constituye doctrina general de esta Sala (SSTS de 3-2-1998, 13-2-1998, 14-3-1998, 18-6-1998 y 9-3-1999, entre otras muchas) que se encuentra fundada en el uso del término «sustrajere» que aparece en el artículo 244 CP actual frente al de «utilizare» del artículo 516 (bis) CP anterior. Con tal verbo definidor del tipo legal sólo cabe ahora condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento del vehículo ajeno, no a quienes lo condujeran u ocuparan en un momento posterior, conductas que ahora son atípicas porque el legislador ha querido excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que actualmente constituye uno de los rectores del Derecho penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores.

Adviértase, además, que en el caso ahora examinado hubo una tercera persona, junto a los dos acusados y condenados, que huyó con parte del botín, que bien pudo ser la autora de la sustracción del coche sin participación de los otros dos.

(Sentencia de 24 marzo 2000)

«Sustraer» y no «utilizar» es el acto típico

Tercero. Esta fundamentación no puede compartirse. En primer lugar porque no consta acreditada la forma en que el vehículo llegase al acusado, bien tomándolo del lugar donde lo habían dejado los autores de la sustracción o bien meramente cedido por éstos para su utilización temporal, por lo que no estando acreditado más que el hecho de que el acusado utilizó el vehículo conociendo su ilícita procedencia pero sin haber participado en la sustracción del mismo a su propietario, nos encontramos ante uno de los supuestos de utilización ilegítima sin sustracción despenalizados por el Legislador en el Código Penal de 1995 (SSTS de 3 de febrero de 1998, 5 de febrero de 1998, 18 de junio de 1998, 16 de septiembre de 1998, 11 de diciembre de 1998, 27 de diciembre de 1999, 28 de enero de 2000, 12 de abril de 2000 y 24 de marzo de 2000).

Así por ejemplo la STS de 18 de junio de 1998 señala que «El artículo 244 del Nuevo Código sustituye el verbo “utiliza” por “sustraer”, lo que deja fuera del tipo a quienes sólo disfrutaban del vehículo, aun a sabiendas de su sustracción previa –STS de 5 de febrero de 1998–, pues el Nuevo Código no considera delito el mero uso del vehículo ajeno por suponer que no hay ánimo de lucro en tal hecho».

El análisis del significado y consecuencias de la nueva redacción del precepto que sustituye «utilizar» por «sustraer» se encuentra extensamente realizado en las Sentencias de esta Sala de 3 y 5 de febrero de 1998, a las que nos remitimos.

Cuarto. En segundo lugar, aun admitiendo que el acusado se hubiese encontrado el vehículo abandonado por los autores de la sustracción a su propietario, y lo hubiese utilizado pese advertir, por la existencia del «puente» en el cableado de ignición, que había sido previamente sustraído, no cabe extender a esta utilización con conocimiento de la ilícita procedencia la condición de nueva sustracción, pues nos encontramos, a lo sumo, ante una «apropiación indebida de uso» atípica en nuestro ordenamiento.

La conversión en sucesivas «sustracciones» de los supuestos posteriores de utilización del vehículo por quien no hubiese participado en la sustracción a su propietario, implica una interpretación del precepto que excede la significación usual y gramatical de la expresión sustracción (extraer algo de la disponibilidad de su titular), e interpreta extensivamente el tipo, por lo que no es compatible con el principio de taxatividad (art. 4.1.º del Código Penal, «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»). Por otra parte, de este modo se equipara utilizar con sustraer, revitali-

zando el antiguo tipo penal en contra de lo prevenido en la nueva redacción legal.

Éste es el criterio expresado por la doctrina mayoritaria de esta Sala en Sentencias de 3 de febrero de 1998, 17 de febrero de 1998, 18 de junio de 1998, 16 de septiembre de 1998, 11 de diciembre de 1998, 27 de diciembre de 1999, 28 de enero de 2000, 12 de abril de 2000 y 24 de marzo de 2000, con alguna excepción menos significativa (SSTS de 10-6-1998 y 9-7-1999), ya matizada (SSTS de 28 de enero, 24 de marzo y 12 de abril de 2000).

Quinto. Como señala la reciente Sentencia de 24 de marzo de 2000, «la que constituye doctrina general de esta Sala (SSTS de 3-2-1998, 17-2-1998, 14-3-1998, 18-6-1998 y 9-3-1999, entre otras muchas), se encuentra fundada en el uso del término “sustrajeron” que aparece en el artículo 244 del Código Penal actual frente al de “utilizare” del artículo 516 del Código Penal anterior. Con tal verbo definidor del tipo legal sólo cabe ahora condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento de vehículo de motor ajeno, no a quienes lo condujeron u ocuparon en un momento posterior, conductas que ahora son atípicas porque el Legislador ha querido excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que actualmente constituye uno de los rectores del Derecho Penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores».

Sexto. Es probable que el Legislador no valorase suficientemente la problemática probatoria derivada de la nueva redacción del tipo delictivo. La práctica procesal indica que en la mayoría de los supuestos los autores de estos hechos son detenidos cuando conducen o circulan en el vehículo sustraído estando acreditada la utilización, aprovechamiento o disponibilidad del mismo, pero no su intervención en la sustracción a su propietario. Ordinariamente sólo resulta factible acreditar esta intervención, en supuestos excepcionales de confesión o en aquellos otros en que la acentuada proximidad entre la detención y la sustracción del vehículo u otros indicios suficientes, permiten inferir racionalmente con suficiente garantía la participación de los usuarios del vehículo en el apoderamiento del mismo. Ello conduce, en la generalidad de los casos, a la impunidad no sólo de los meros usuarios, como pretendía el legislador, sino también de los partícipes en la sustracción inicial, participación que no resulta acreditada.

Séptimo. Ahora bien, si la nueva redacción del tipo ha generado lagunas de impunidad o deficiencias en la tutela penal del bien jurídico que se deseaba proteger ello debe determinar la oportuna reflexión, y eventual corrección, en sede legislativa. No puede el intérprete sustituir dicha función esencial por la interpretación extensiva del tipo, más allá de los límites permitidos por el principio de legalidad. Si el legislador ha sustituido «utilizar» por «sustraer», únicamente cabe sancionar aquellos casos en que la intervención en la sustracción queda acreditada, directa o indiciariamente, pero no convertir los supuestos de utilización en sustracción por la vía de presumir que todos los casos de utilización con conocimiento de la procedencia ilícita equivalen a una sustracción, bien inicial o bien sucesiva.

El motivo, en consecuencia, y como ya se ha expresado debe ser estimado, dictando segunda Sentencia absolutoria.

(Sentencia de 20 octubre 2000)

ARTÍCULO 248

No existe engaño suficiente para integrar el tipo de estafa si la presunta víctima se percató del mismo y no aceptó el negocio que se le ofrecía (tocomocho)

Segundo. (...) Como segundo motivo, y por el cauce de la Infracción de Ley del artículo 849.1.º se denuncia la indebida aplicación del artículo 623.4.º del CP, falta de estafa en grado de tentativa en base a que en el propio *factum* –apartado segundo– se recoge expresamente la afirmación de que la presunta «víctima» se había apercibido de que el que se hacía «el tonto» –se trata del timo del «tocomocho»– no lo era tanto y por ello se apartó de la operación.

Razona el recurrente que este dato acreditado evidencia la ausencia de engaño bastante que exige la jurisprudencia para la existencia de la estafa, y por ello debió ser absuelto de la misma y no haber sido condenado como autor de una falta de estafa en grado de tentativa.

El motivo, que recibió el apoyo del Ministerio Fiscal debe ser admitido ya que en efecto, el artículo 248 del vigente Código Penal nuclea el tipo de la estafa en la concurrencia de un engaño bastante que el sujeto activo desarrolla ante la víctima, y que justifica el desplazamiento patrimonial con el correspondiente perjuicio para ésta, de suerte que el engaño ha de ser suficiente y proporcional para la consecución del fin apetecido, tanto en clave genérica –idoneidad para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia– como en referencia a las concretas condiciones de la persona, por lo que si el ardid empleado no tiene la suficiente apariencia de seriedad y realidad atendidos aquellos factores objetivos y subjetivos, se estaría en presencia de una situación extramuros del Código Penal por ausencia de un elemento normativo del tipo que vertebra el delito de estafa –STS de 7 de noviembre de 1997 entre las más recientes.

Ésta es la situación que se reconoce en la propia Sentencia al afirmar que el ardid o engaño careció de la aptitud suficiente para defraudar a la víctima, que se apartó del supuesto negocio que le ofrecían.

La consecuencia de ello es la estimación del motivo y absolución de la falta de estafa, lo que se hará con la segunda Sentencia.

(Sentencia de 27 marzo 2000)

Engaño como elemento de la estafa: contratos civiles criminalizados (vender vehículos con número de bastidor alterado)

Tercero. (...) El delito de estafa, paradigma de las defraudaciones, sigue la línea del Código anterior en su versión de 1983, haciendo del engaño el elemento esencial del mismo, definiéndolo el vigente artículo 248.1 como el cometido «por el que, con ánimo de lucro, utilice engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Como señala la Sentencia de este Alto Tribunal de 27-1-1999, consolidando la Jurispru-

dencia anterior, el engaño equivale a «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». Ello conlleva la ejecución de un plan preconcebido, el desarrollo de una trama cuya finalidad no es otra que producir error en el sujeto pasivo, constituyendo error y engaño dos elementos diferentes, pero interdependientes y en relación de causa a efecto, el engaño ha de ser bastante para provocar el error del sujeto pasivo. La suficiencia del engaño, que el legislador califica de «bastante», debe atemperarse a las circunstancias del caso, considerando parámetros tanto objetivos como subjetivos, siendo trascendental su entidad para definir la clase de responsabilidad exigible. Junto a dicho elemento esencial, la Jurisprudencia exige la presencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto y el desapoderamiento patrimonial de un tercero como consecuencia del engaño productor del error del sujeto pasivo.

La aplicación de lo anterior a las relaciones contractuales, criminalización del negocio jurídico civil, no es siempre fácil, pues la caracterización del dolo como penal o civil resulta insuficiente y por ello la doctrina y Jurisprudencia se decantan por la solución desde el punto de vista de la tipicidad, siendo evidente que no todo incumplimiento presente en las relaciones jurídicas civiles constituye supuesto de responsabilidad penal. Por ello la Jurisprudencia ha ido perfilando los elementos que deben concurrir en el contrato civil para considerar su criminalización en aras a la presencia de los elementos típicos ya señalados. En primer lugar, la simulación que consiste en aparentar un propósito serio de contratar cuando en realidad se trata de aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, ánimo o propósito de difícil justificación, que ha de obtenerse por la vía de la inferencia partiendo de la prueba indiciaria (SSTS, entre otras muchas, de 28-6-1983, 27-9-1991, 24-3-1992 y 27-1-1999 con cita de las anteriores). En segundo lugar, la simulación señalada (engaño), concurriendo aparentemente los elementos precisos que definen la existencia concreta de un contrato civil o mercantil, debe desencadenar error bastante o suficiente en la otra parte que, a su vez, es causa del desplazamiento patrimonial, pero en todo caso la provocación del mismo cronológicamente debe ser antecedente al otorgamiento del contrato, no sobrevinida, de forma que incida directamente en el consentimiento propio de aquél. En síntesis, el negocio criminalizado será puerta de la estafa cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude, a través del cual se crea un negocio vacío que encierra una asechanza al patrimonio ajeno (SSTS de 24-3-1992, 13-5-1994 y la citada más arriba de 27-1-1999).

Habida cuenta de la vía casacional de que se trata debemos partir del total respeto a los hechos probados. En el relato histórico se afirma que la perjudicada se dirigió a una casa de compraventa de vehículos, «entrando por confusión en el establecimiento “Automóviles JP”» regentado por el recurrente, «quien tenía un vehículo de las citadas características (...) con número de bastidor (...) el cual estaba alterado, hecho que conocía el citado Pedro M... le ofreció el mencionado vehículo para que lo comprase, lo que así hizo, por el precio de dos millones de pesetas, tras probarlo y ser informada de que debía de pasar la ITV, pero ocultándole la alteración del bastidor referida...». Dicho relato debe ser integrado por dos afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho. La primera, ya referida más arriba, relativa a «la inviabilidad legal de poder circular con los vehículos». La segunda, «que la compradora, se identificó como hija de su pa-

dre que acaba de comprar allí otro vehículo y se le dijo que si, que así lo recordaban pese a ser incierto» (*sic*).

El engaño, reforzado por lo que acabamos de señalar, se resuelve en la ocultación de un hecho relevante y particularmente trascendente desde el punto de vista de la autorización administrativa para circular el vehículo en cuestión: la alteración del número correspondiente al bastidor o chasis del mismo, siendo indiferente, además, el origen o razón de ello, frente a lo argumentado por el recurrente en el desarrollo del motivo, pues de lo que se trata es de la obtención de la certificación de aptitud para la circulación con independencia incluso de su hipotética subsanación, pues ello se refiere a un momento posterior a la consumación del delito. Si la compradora hubiese conocido dicha manipulación la hipótesis verosímil es que no habría adquirido el vehículo y desde luego no se habría producido el desplazamiento patrimonial mientras dicha irregularidad subsistiese. Por lo tanto, la ocultación a sabiendas del hecho relevante, provoca directamente un vicio del consentimiento de la adquirente que constituye el error del sujeto pasivo, elemento subjetivo del tipo. En relación con las circunstancias subjetivas tampoco son de recibo los argumentos aducidos en el recurso. La perjudicada se dirige a un establecimiento abierto, creyendo además que se trata del recomendado por su padre, sin que razonablemente pueda deducir el engaño subyacente, proyectado antes de la perfección del contrato, abonando incluso el precio de la compraventa sin esperar a la matriculación definitiva del todoterreno. Se sorprende ostensiblemente la buena fe de la compradora. Por todo ello concurren en el caso las exigencias típicas del delito de estafa.

(Sentencia de 28 marzo 2000)

Descuento de letras de cambio que no responden a operación comercial alguna

Único. (...) La Sentencia de instancia sitúa el engaño en el hecho de presentar el acusado al descuento letras de cambio y otros documentos mercantiles (pagarés y recibos) que no responden a ninguna operación comercial, sin que esa circunstancia fuese sospechada por la entidad bancaria que practica el descuento.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, no puede considerarse que la entidad bancaria hubiera sufrido engaño bastante en cuanto no ha desplegado actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna, lo que le era perfectamente factible, y en este caso difícilmente puede defenderse el engaño cuando la entidad bancaria admitió el descuento determinada por la existencia de una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles. Tampoco resulta de los hechos que se declaran probados que el fiador otorgante de la póliza hubiese sufrido engaño al suscribirla.

Así las cosas, no puede afirmarse que exista el engaño precedente o concurrente y procede absolver al acusado del delito de estafa, resultando innecesario el examen del segundo motivo del recurso.

(Sentencia de 27 noviembre 2000)

Uso de tarjeta de crédito por persona que no es titular de la misma, sin que se haya exigido la identificación al poseedor

Segundo. (...) Se excluye en consecuencia la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (Sentencia de 29 de marzo de 1990). Pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo, aprovechado por el acusado conscientemente, convierte en suficiente el engaño desplegado que resulta así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería. En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo.

Se excluye igualmente la relevancia típica del engaño objetivamente inidóneo cuando, en verdad, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era.

En el caso de las tarjetas de crédito la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte necesariamente en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio, sino que habrá que distinguir en cada supuesto. En efecto la buena fe y las relaciones de confianza presiden de ordinario los actos de venta en los comercios. Es un hecho notorio de la realidad que no siempre se exige la identificación documental de quien paga con tarjeta, por ser —como reconocen las recurrentes en su recurso— «poco comercial». La valoración de ese hábito dependerá en cada caso: cuando las circunstancias objetivas y personales concurrentes no justifiquen razonablemente el mantenimiento de la relación de confianza y aconsejen por el contrario comprobar la identificación del poseedor, podrá entenderse que no es un engaño idóneo la mera posesión y exhibición por sí misma del documento en manos de quien nada permite suponer que sea su verdadero titular. En tal caso la falta de comprobación de la identidad por el comerciante sí podrá valorarse como la verdadera causa del error sufrido, sin que pueda atribuirse a un engaño del sujeto activo, que merezca la calificación de idóneo o suficiente.

Pero en este caso concreto ningún dato o circunstancia aparece en el relato histórico que impida reconocer a la posesión y exhibición de las tarjetas usadas esa suficiencia engañosa que en principio tiene y que denota la propia eficacia lograda por las acusadas mediante su uso, de acuerdo con lo que es el comportamiento ordinario de los establecimientos comerciales en las habituales relaciones de buena fe y confianza que presiden sus actividades mercantiles.

Por todo ello el motivo se desestima.

(Sentencia de 4 diciembre 2000)

No existe engaño integrante de estafa sino actuación negligente de los empleados del banco que los pagan sin esperar a su cobro en el banco destinatario y sin haber obtenido conformidad

Segundo. (...) Aparentemente, y así lo entendió la Sentencia recurrida, concurrir en el caso examinado los requisitos mencionados:

1.º El engaño consistió en la entrega a Banca Catalana de diversos cheques sin fondos, lo que siempre constituye una mentira, pues lleva consigo, de modo explícito o implícito, la afirmación de que en la cuenta bancaria, contra la que estos efectos se libran, existe dinero suficiente para cubrir sus respectivas cuantías.

2.º Por la confianza existente de los empleados de Banca Catalana en quien hizo las referidas entregas, consecuencia de las numerosas operaciones que se venían realizando con la misma persona en tal entidad, se produjo en estos empleados el mencionado error, en este caso la creencia equivocada de que en esa cuenta la empresa libradora tenía fondos suficientes para cubrir sus importes.

3.º Al permitirse disponer de las cuantías respectivas inmediatamente después de la entrega de los efectos, se produjeron los correspondientes actos de enajenación por parte de Banca Catalana en beneficio de Bebidas y Refrescos Gerona, S.A.

4.º Con los consiguientes perjuicios contra la entidad bancaria disponente al no llegarse a cobrar los referidos talones.

5.º Ciertamente con ánimo de lucro para la referida empresa libradora de los citados quince efectos.

Tercero. Al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim se plantea el motivo único del presente recurso en el que el condenado alega infracción de ley, concretamente del citado artículo 528 CP 1973, porque, se dice y con razón, no existió delito de estafa, no hubo engaño, se asegura y, en todo caso, ese engaño no fue bastante, pues, si sirvió para la defraudación, fue por la conducta en extremo descuidada de los empleados de la banca perjudicada.

Tal y como se ha dicho, engaño existió: quien entrega a un banco un cheque sin fondos, al menos lo hace con la falacia de afirmar que hay dinero para su pago en la cuenta contra la que se libra.

Pero, desde luego, ese engaño no puede considerarse bastante para engendrar error en quienes realizaron los sucesivos actos de disposición en perjuicio de la empresa para la que trabajaban.

La medida de la suficiencia del engaño es variable según las circunstancias del caso, las cuales nos han de servir para calibrar la falacia de la maniobra realizada en relación con la defraudación producida. Todas las circunstancias han de tenerse en cuenta, tanto aquellas que objetivamente nos sitúan en la maquinación efectuada y en la credibilidad de la falacia utilizada, como las referidas a las personas de los sujetos intervinientes, muy particularmente las condiciones concretas de las personas o personas engañadas (SSTS de 23-2-1996 y 7-11-1997).

En el caso presente, habida cuenta de que los hechos ocurrieron en la mecánica habitual de las entidades bancarias, tienen especial importancia los usos mercantiles que en tales establecimientos se siguen. Cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el mo-

mento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa, se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que, como bien dice el recurrente, puede obtenerse incluso por teléfono.

No es conforme con esos usos bancarios lo que hicieron aquí los empleados de Banca Catalana: permitir que el presentador de los efectos disponga ya del dinero correspondiente de modo inmediato a la entrega de los mismos en la sucursal que ha de gestionar su cobro. Descartada la connivencia del ahora recurrente con los empleados referidos para defraudar a la sociedad querellante, tal y como lo hace la Sentencia recurrida en un extremo no impugnado y que ahora ha de respetarse, no cabe otra opción que la defendida por el recurrente: hubo una evidente negligencia de tales profesionales de la banca en el cumplimiento de sus obligaciones. Es claro que, si hubieran actuado conforme a las prácticas mercantiles habituales en el sector para el que trabajaban, la defraudación aquí examinada no se habría producido.

(Sentencia de 22 diciembre 2000)

ARTÍCULO 250.1.6.^a

Apropiación indebida de especial gravedad atendiendo al valor de lo defraudado: más de diez millones de pesetas

Tercero. También tiene razón la acusación particular –en esto discrepa de la misma el Ministerio Fiscal– cuando postula que se aprecie el tipo agravado que, tanto para la estafa como para la apropiación indebida, aparece establecido en el artículo 250.6.º CP. Siendo incuestionable que la cantidad alcanzada, en el caso, por la defraudación debe ser considerada de especial gravedad –SSTS de 10-5-1993, 20-6-1994, 2-7-1994 y 28-12-1998, entre otras muchas– no comparte esta Sala el criterio de que, para la apreciación del referido tipo agravado, sea necesario que a la especial gravedad de la cuantía de la defraudación se acumule un perjuicio de especial entidad –que normalmente sólo será el reverso del valor de la defraudación– y una situación económicamente gravosa para la víctima o su familia. La interpretación que hace el Ministerio Fiscal del núm. 6 del artículo 250 CP, relacionándolo sistemáticamente con los núms. 3 y 4 del artículo 235 CP, no deja de ser razonable pero no es la única posible ni la más acorde con el conjunto de la regulación punitiva de los delitos de hurto y apropiación indebida. Es cierto que en el núm. 6.º del artículo 252 se une mediante una conjunción copulativa la mención de los tres resultados que dan lugar al tipo agravado, en tanto en el artículo 235 se prevén en distintos apartados, de una parte, el «valor de los efectos sustraídos» o los «perjuicios de especial consideración», y de otra, la grave situación en que se ponga «a la víctima o a su familia», de suerte que, si la previsión de resultados diversos en distintos apartados significa claramente la existencia de tipos agravados independientes, la conjunción disyuntiva que separa el «valor de los efectos sustraídos» de los «perjuicios de especial consideración» obliga a entender que basta

la producción de uno de estos resultados para que surja este otro tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del artículo 250.6.º CP. Pero, aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la apropiación indebida, parece lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero. En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto. En tercer lugar, porque el núm. 6.º del artículo 250 CP 1995 parece ser una refundición puramente estilística de los núms. 5.º y 7.º del artículo 529 CP 1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el «valor de la defraudación» y la «entidad del perjuicio» no son sino anverso y reverso de la misma realidad. Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el artículo 250.6.º CP, parece la más congruente con el segundo inciso del artículo 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa –y en el de apropiación indebida en virtud de la remisión establecida en el artículo 252– se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias –entre las que se encuentran «el importe de lo defraudado» y «el quebranto económico causado al perjudicado»– que se expresan como independientes unas de otras. Todas estas razones llevan a la Sala a estimar que el hecho juzgado en la Sentencia debió ser incardinado no sólo en el tipo genérico de apropiación indebida previsto en el artículo 252 CP, sino también en el agravado establecido en el artículo 250.6.º del mismo Cuerpo Legal, por lo que el único motivo del recurso de la acusación particular debe ser acogido en su interinidad.

(Sentencia de 12 febrero 2000)

ARTÍCULO 250.1.7.ª

Abuso de las relaciones personales entre víctima y defraudador: doctrina general y supuestos de aplicación. No apreciable en socio que hace suyo dinero de otro socio entregado dentro de una relación contractual sin que exista abuso de relación personal

Tercero. El segundo motivo de casación denuncia la indebida aplicación del subtipo agravado del artículo 250.7.º alegando que la incompatibilidad entre la circunstancia de agravación de obrar con abuso de confianza y el delito de apropiación indebida precisamente porque la deslealtad o abuso de la confianza están embebidos en el propio tipo penal.

1. Es verdad que el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse simultáneamente como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo, como ha declarado esta Sala con relación a la agravante 8.ª del artículo 10 del Código Penal de 1973.

El actual número 7.º del artículo 250 –que contiene subtipos agravados de estafa, aplicables también al delito de apropiación indebida por expresa remisión del artículo 252– recoge en realidad dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario –lo que no está presente en el caso actual–; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida, exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy varia naturaleza ha de añadir un *plus* de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio.

2. En este caso la participación de ambos como socios, entre otros, de una sociedad de responsabilidad limitada, sin que el relato fáctico describa ningún otro tipo de relación «personal», no supone más relación de confianza que la que ya de por sí es consustancial a cualquier trato, convenio o contrato cuyo cumplimiento siempre esperan los que en él participan, por lo que al incumplir lo pactado, cobrando para sí el cheque que en el seno de esta relación contractual le fue entregado y poseyó con el deber –originario o sobrevenido– de no presentarlo al cobro, el acusado abusó de la confianza en el sentido que es propio de toda apropiación indebida, sin el *plus* de desvalor que representa el subtipo agravado del número 7.º del artículo 250 del Código Penal aplicado por la Sala. El motivo segundo por lo expuesto debe ser estimado.

(Sentencia de 3 enero 2000)

ARTÍCULO 251.1

Doble venta: aspectos civiles y penales

Cuarto. En el motivo 2.º, por el mismo cauce del artículo 849.1.º LECrim, se vuelve a alegar indebida aplicación al caso del artículo 251.2.º CP, ahora con razonamientos propiamente penales.

En realidad, con lo antes expuesto ha quedado claro que nos encontramos ante un caso de doble venta que es delito conforme al CP actual conforme razonamos a continuación.

A) En primer lugar, hay que decir que es correcta la aplicación al caso del CP ahora en vigor, aunque los hechos que nos narra la Sentencia recurrida se iniciaran bajo la vigencia del anterior –la primera compraventa se celebró el 31-3-1996–, pues el delito se produjo por medio de la segunda, la realizada por escritura pública de 14-6-1996, cuando ya estaba en vigor la actual normativa, como bien dice la Sentencia recurrida.

B) En segundo lugar, hemos de poner de manifiesto la voluntad del legislador de ir ampliando no sólo esta estafa específica de la doble venta, sino también algunas otras, que antes aparecían en los artículos 531 y 532 CP 1973, con sucesivas

modificaciones, la última de las cuales es la del CP 1995 que ahora los regula en los tres números de su artículo 251, habiendo dejado la del *furtum possessionis* para al capítulo de los hurtos (art. 235) donde sin duda encaja mejor.

A la vista de esta nueva regulación parece más adecuada la postura doctrinal que considera estos delitos como modalidades de estafa impropia, en el sentido de que para su punición no es necesario que concurren todos los elementos que componen la definición de la estafa propia, la del artículo 248. Se trata de delitos específicos con un contenido autónomo y con penalidad diferente. Ya no hay remisión a las penas de la estafa ordinaria, ni puede aplicarse agravación aunque concorra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 250, a diferencia del sistema recogido en los artículos 531 y 532 CP 1973 que hacía una remisión a las penas del artículo 528, lo que implicaba otra a las circunstancias agravatorias del 529. Hay una independencia de punición que es un argumento más en pro del carácter impropio de estas particulares figuras de estafas ahora recogidas en el artículo 251: si hay comportamientos que reúnen los requisitos de alguna de estas modalidades del artículo 251 la conducta debe considerarse punible aunque no se adecue al tipo ordinario del 248.

Veamos ahora cómo la doble venta aquí examinada reúne los requisitos exigidos en este artículo 251.

C) La figura citada de la doble venta puede encajar en el núm. 1.º de tal artículo 251 –enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero– y también el segundo inciso del núm. 2.º del mismo artículo 251 –nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de éste o de un tercero.

Conforme a tales normas penales podemos decir que los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes:

1.º Que haya existido una primera enajenación, como lo fue en el caso aquella primera venta realizada por documento privado el 31-3-1996, conforme bien razona la Sentencia recurrida.

2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación «antes de la definitiva transmisión al adquirente» (art. 251.2.º), es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. En el presente caso el primer contrato se hizo en documento privado, que como tal no pudo tener acceso al Registro de la Propiedad, de modo que no hubo una primera transmisión «definitiva», y por ello el acusado estaba en condiciones de volver a vender de nuevo, aunque fuera ilícitamente, a favor de otras personas, como en realidad hizo a través de esa escritura pública de 14-6-1996.

3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1473 CC. En el caso presente, adquirieron la propiedad de la gasolinera enajenada los que compraron en segundo lugar pero en escritura pública que tuvo acceso al Registro de la Propiedad, resultando perjudicado el querellante en esa cifra de 4.599.815 ptas. que nadie ha discutido, que había pagado como parte del precio y como parte de un suministro de combustible para la continuación del funcionamiento de la gasolinera que había comprado.

4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio. Sobre este extremo razona también de modo correcto la Sentencia recurrida y a ello nos remitimos.

En estas figuras de estafa impropia del artículo 251 CP el engaño aparece implícito en cada una de ellas, como ocurre en estos casos de doble venta, en los cuales ese engaño se encuentra en la actitud de falsedad con que el autor de la enajenación se muestra en la segunda operación al ocultar que antes había realizado ya otra mediante la cual se había despojado de su titularidad, aunque, como aquí ocurrió, esa titularidad constase formalmente en el Registro de la Propiedad al que no pudo tener acceso el documento privado con el que se realizó la primera compraventa.

Un caso semejante al presente se contempla como delictivo en la Sentencia de esta Sala de 10-12-1999.

(Sentencia de 24 noviembre 2000)

ARTÍCULO 251.2

Estafa por disposición de inmueble ocultando las cargas: elementos

Segundo. El delito por el que se ha condenado en la Sentencia recurrida aparece definido en el artículo 531.2 CP 1973, casi en los mismos términos antes y después de la modificación de 1983: «el que dispusiere de un bien como libre sabiendo que estaba gravado». En 1983 se añadió una segunda parte con el fin de abarcar todos aquellos supuestos engañosos de enajenaciones, gravámenes o arrendamientos múltiples e incompatibles entre sí, con mayor o menor fortuna, pues no es fácil tipificar en una norma penal esta clase de comportamientos.

Luego, el CP 1995 en su artículo 251.2.º le dio nueva redacción: «el que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma», añadiendo otro segundo apartado, con la misma finalidad ampliatoria antes referida y también con un nuevo texto. Vamos a estudiar a continuación cada uno de los elementos que conforman esta especial figura de estafa, que reúne todos los requisitos de la figura ordinaria (arts. 528 CP 1973 y 248.1 CP 1995), pero con las singularidades que se derivan de su tipificación por separado, y que son las siguientes:

Primer elemento: Ha de existir un bien gravado, sea mueble o inmueble, como ahora prevé expresamente el CP vigente en su artículo 251.2.º ya citado: aquí, sendas hipotecas.

Es conocida la amplitud con que la doctrina de esta Sala viene interpretando el concepto de gravamen que incluye, desde luego, los constitutivos de derechos reales que son el paradigma de las cargas requeridas para la existencia de este delito, y entre ellos en primer lugar la hipoteca como derecho real limitativo del dominio sobre bienes inmuebles. La inscripción en el Registro de la Propiedad, que

necesariamente acompaña a toda hipoteca (es un elemento formal constitutivo de la misma), no impide el que este delito pueda cometerse. Es claro que cuando, como aquí ocurrió, quien vende es una empresa dirigida por personas conocidas por su solvencia y seriedad en una ciudad pequeña como Cáceres, no hay desconfianza que incite a los adquirentes a acudir al registro público para comprobar si hay algún gravamen sobre el objeto que adquiere, máxime si se trata de una oferta de venta amplia con muchos adquirentes en que unos se fían de las gestiones que al respecto ya habrán hecho otros. En todo caso, incluso sin las circunstancias específicas del presente, antes expuestas, es claro que la posibilidad de acudir al Registro de la Propiedad para conocer la existencia del gravamen no impide la realización de este delito (SSTS de 13-10-1987, 12-11-1987, 5-10-1989, 23-1-1992, 4-9-1992, 29-1-1997, 18-3-1998, 26-5-1998, 24-7-1998, 5-11-1998 y 25-1-2000).

Segundo elemento: Sobre ese bien gravado ha de existir un acto de disposición (es evidente que a título oneroso), siendo también la compraventa el paradigma de esta clase de actos.

1. En el caso presente nos encontramos ante verdaderos contratos de compraventa, tanto en aquellos que se titularon así, como en los que se denominaron como promesa de venta.

La verdadera naturaleza de un contrato viene determinada, no por el nombre con que los contratantes lo puedan designar, sino por el contenido de sus cláusulas que son las que revelan la verdadera intención de las partes (art. 1281 CC). En estos casos no hubo un contrato que tuviera por objeto la celebración de otro posterior (contrato preliminar o preparatorio, precontrato o promesa de contrato), pues las partes no se obligaron a realizar después otro contrato con las bases antes fijadas (otra cosa es la elevación a escritura pública de un contrato redactado en documento privado), sino que establecieron en su texto escrito las obligaciones características de una verdadera y propia compraventa con determinación del precio que se paga en parte en el mismo acto y el resto por medio de letras que se aceptan también en esa ocasión, y asimismo con determinación del objeto que se vende con los datos necesarios para su identificación, aun cuando se tratara de una cosa futura, lo que está permitido en esta clase de contratos como unánimemente admite la doctrina. Precisamente el tratarse de compraventa de una cosa futura es lo que quizá motivara el que se hablara de promesa de compraventa y demás términos análogos que en los respectivos documentos se utilizan.

2. Pretenden los condenados recurrentes que no hubo acto de disposición, porque para la adquisición por parte de los compradores del objeto vendido sólo hubo título y faltó el modo (o tradición) necesario para la adquisición de los derechos reales conforme a la teoría del título y el modo a que se refieren los artículos 609 y 1095 CC.

Pese a que algunas Sentencias de esta Sala han acogido la tesis aquí patrocinada por estos recurrentes (otras prescinden de estos conceptos civiles para los efectos penales ahora examinados), entiende esta Sala que es claro que para la existencia del delito de estafa a que nos estamos refiriendo no es necesario que el acto de transmisión produzca efectos reales con la adquisición del derecho de propiedad por parte del comprador: basta con que produzca los efectos obligacionales propios de la compraventa que queda perfeccionada por el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio (arts. 1445 y 1450 CC). Lo que interesa para la estafa aquí estudiada es que, en calidad de obligado por el contrato de compraventa, en contraprestación a la obligación de entregar el objeto vendido, el comprador pagó una

cantidad de dinero. Como bien razona la Sentencia recurrida, cuando en estos casos el vendedor no ha entregado la cosa y por consiguiente el comprador no ha adquirido el derecho real de propiedad, el perjuicio producido es aún mayor para el sujeto pasivo quien, como aquí ocurrió, se vio privado de la totalidad de la cosa vendida por ejecución de la hipoteca ocultada. Por lo demás, nos remitimos a lo que sobre esa cuestión dice el mencionado apartado III del fundamento de derecho 1.º de la Sentencia recurrida.

Ciertamente en el caso hubo un acto de disposición («dispusiere» exige el art. 531.2 CP 1973): existieron unos verdaderos contratos de compraventa y la entrega o tradición de la cosa vendida no fue necesaria para que tal disposición existiera.

Tercer elemento: engaño. En ese contrato relativo a una cosa gravada se ha de disponer como libre, o, como de modo más expresivo dice ahora el artículo 251.2.º CP vigente, se ha de ocultar la carga o gravamen existente sobre la cosa de que se dispone. En el caso presente, en los diferentes contratos de compraventa de las plazas de garaje y trasteros se dice expresamente que se venden libres de cargas, cuando estaban hipotecados junto con las demás partes del inmueble en garantía de los préstamos que el Banco Español de Crédito había hecho sucesivamente en favor de la sociedad «Bujacosa», primero uno por importe de 980 millones de pesetas para adquisición del solar y luego otro por 3.874 millones destinados a pagar el valor del préstamo anterior y a satisfacer los gastos de la construcción junto con el dinero que la empresa iba adquiriendo con la venta de las viviendas, locales, plazas de garaje y trasteros.

Tal ocultación de gravamen a quien paga un precio calculado como si tal gravamen no existiera constituye el engaño propio de esta clase de estafa.

Lo que interesa es que, como de hecho se ocultó la hipoteca, el precio fue en realidad muy superior al que se habría acordado de haberse conocido que se adquiriría el inmueble con esa carga. Aquí radica el engaño: en esa ocultación de ese derecho real limitativo del dominio que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad y acompaña al objeto transmitido. No dicen los hechos probados el importe de la parte de hipoteca que gravaba a cada objeto vendido, pero en los contratos que la Sentencia recurrida llama de transacción, a los que luego nos referiremos, se valoran en 1.100.000 ptas. aproximadamente, cuando el precio de venta en casi todas las 110 compraventas que se relacionan en el apartado III de esos hechos probados fue de 1.500.000. Es decir, el valor de la hipoteca casi alcanzaba las tres cuartas partes de ese precio.

Cuarto elemento: Lo constituye el perjuicio que ha de existir en ésta como en las demás estafas, que en el caso presente se encuentra para cada uno de los afectados en ese valor de la parte de hipoteca que correspondía a cada uno de los trasteros y plazas de garaje antes mencionados, es decir, en ese 1.100.000 ptas. aproximadamente antes referido multiplicado por el número de perjudicados. Aunque, como después veremos, la cuantía de la responsabilidad civil ha de abarcar otros conceptos a fin de que queden reparados todos los que, por acontecimientos posteriores a la consumación del delito, recayeron sobre el patrimonio de los afectados en relación con los hechos aquí examinados.

Quinto elemento: Como en todas las estafas y en otros delitos de contenido patrimonial, ha de concurrir también un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, que exige una específica dirección en la intención del sujeto hacia un enriquecimiento propio o ajeno. Aquí no sólo existió ese ánimo de lucro, sino que

hubo un lucro efectivo, concretamente en la cuantía de la parte de hipoteca que gravaba cada uno de los objetos adquiridos en las mencionadas compraventas.

Sexto elemento: 1. Ha de estar presente el dolo, como requisito exigido en todos los delitos dolosos, integrado por la conciencia y voluntad en relación con los elementos objetivos del tipo, que son los cuatro primeros de la presente enumeración, elemento al que se alude expresamente en la norma penal aquí examinada, la del artículo 531.2, cuando se utiliza la palabra «sabiendo». Ha de conocer el sujeto activo que había un gravamen y que en su acto de disposición ocultó su existencia con el consiguiente perjuicio para los adquirentes. Y tal conocimiento aquí existió por parte de todos los condenados, particularmente en cuanto a la realidad del gravamen ocultado, tal y como lo dice la Sentencia recurrida.

2. En primer lugar hay que decir que el tema de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, entre los cuales se encuentra el dolo propio de los delitos dolosos, puede plantearse en casación por cualquiera de las dos vías utilizadas por la defensa de doña Ana M.^a M. S.-B., la del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE (motivo 1.º), al tratarse de un hecho constitutivo de la infracción penal que ha de probarse por las partes acusadoras, prueba que ordinariamente ha de ser la de indicios o inferencias, o por la del artículo 849.1 LECrim (motivo 4.º) aduciendo la falta del correspondiente elemento del delito, pues por esta vía cabe también impugnar la inferencia realizada para su deducción.

3. La Sala de instancia no tuvo dudas en cuanto al conocimiento que tuvieron todos los acusados respecto de la existencia de la hipoteca y su extensión a los sótanos.

Hay una serie de datos completamente acreditados (art. 1249 CC), que todas las partes han admitido como ciertos, de los cuales cabe deducir el mencionado conocimiento porque existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC), con lo cual se puede afirmar que existe prueba de indicios al respecto, apta para destruir la presunción de inocencia según reiterada y conocida doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala a partir de las Sentencias 174 y 175, ambas de 1985, de 17 de diciembre del TC.

Hay que partir de un hecho fundamental: la inexistencia de capital propio de la sociedad constructora «Bujacos» para afrontar la compra del solar y las importantes obras que en el mismo habrían de realizarse: cuatro millones y medio de pesetas de capital inicial en 1974, ampliado en agosto de 1990, hasta sesenta y tres millones setecientos cincuenta mil pesetas. Tal estructura económica obligaba, como es habitual en estos casos, a obtener préstamos hipotecarios en las entidades bancarias. En el caso, como ya se ha dicho, fue Banesto el que concedió los préstamos primero, uno de novecientos ochenta millones para adquirir un solar que valía mil doscientos millones aproximadamente, y luego otro destinado a saldar el anterior y a la realización de las obras por importe de tres mil ochocientos setenta y cuatro millones con unos intereses elevados, superiores al dieciséis por ciento anual, los propios de aquella época.

La existencia de la mencionada hipoteca a repartir entre las diversas fincas, que habrían de constituirse luego como independientes (pisos, locales y plazas de garaje con trastero), constituía el elemento esencial, fundamento de toda la estructura financiera de la mencionada empresa constructora, que evidentemente no podían ignorar quienes a lo largo de los años en que se desarrolló la construcción del edificio y la venta de esas diferentes fincas dirigieron la empresa, los diferentes acu-

sados a los que luego nos referiremos con más detalle al tratar los problemas de la autoría del delito.

Y dada esa magnitud de la obra y esa carencia de medios económicos propios, es claro que la hipoteca tenía que referirse a la totalidad del edificio. El banco prestamista tenía que asegurar el cobro de lo que a «Bujacosa» prestó y no había razón alguna para excluir los sótanos, que eran un elemento importante en la edificación pues ocupaban cuatro plantas diferentes. Y todo esto ciertamente lo conocían los acusados, todos ellos, también Ana María, cuya Defensa alega aquí ignorancia sobre este punto.

En definitiva, de la importancia excepcional que tenía la hipoteca en el desarrollo del negocio de la construcción del edificio de «Plaza Europa», de la importancia que tenían las cuatro plantas de sótanos en tal edificio, y del relevante papel que cada uno de los condenados tuvo en dicho negocio, ha de inferirse que, cuando las ventas de las plazas de garaje y trasteros objeto del presente proceso se produjeron, quienes manejaban la empresa, todos ellos, conocían que lo que se vendió se encontraba gravado con la parte correspondiente de la mencionada hipoteca.

Así lo entendió la Audiencia Provincial de Cáceres y ello nos parece razonable.

Séptimo elemento: El sujeto activo del delito ha de ser quien tiene título suficiente para disponer del objeto gravado que se enajena (delito especial), en este caso «Bujacosa» que actuó a través de sus órganos directivos, los ahora condenados y recurrentes, cuestión que por su complejidad exige capítulo aparte, el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Para concluir con los problemas relacionados con la existencia del delito que nos ocupa, hemos de decir que con las razones antes expuestas rechazamos todos los motivos de los seis condenados recurrentes relativos a este tema, concretamente los siguientes:

Los motivos 1.º, 2.º y 3.º de los recursos de don Alonso R. M. y don Ángel S. C.

Los motivos 1.º, 3.º y 4.º (en parte) del recurso de doña Ana M.ª M. S.-B.

Los motivos 2.º, 3.º y 4.º de don Felicísimo M. M. y don Julio M. S.-B.

Y el motivo 1.º en su tercer apartado del recurso de casación por infracción de ley formulado por don Álvaro M. H.

Con relación a los motivos cuartos de los recursos de Julio y Felicísimo hay que aclarar que, aunque en los mismos se alegue como infringido el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, es lo cierto que el contenido de lo que en ellos se expone nada tiene que ver con el mencionado derecho fundamental. Baste añadir aquí que la realidad de las hipotecas, los múltiples contratos de compraventa en que tal gravamen se ocultó, y los cargos en «Bujacosa» que cada uno de los acusados tenían, hechos fundamentales en que se basa la condena ahora recurrida, aparecen acreditados por la profusa documentación unida a las actuaciones y por nadie han sido cuestionados.

Y con relación a los motivos primeros de Ángel S. y Alonso R., en cuanto que aparecen fundados en el núm. 2.º del artículo 849 LECrim, hay que decir aquí que el contenido de los documentos que se designan como promesa de venta –los 75 primeros de la relación que hace el hecho probado tercero– no contradice lo que relatan los hechos probados, pues en el apartado V de estos hechos probados se reconoce esa designación, pese a lo cual se interpreta, correctamente como ya se ha dicho, que nos encontramos ante verdaderos contratos de compraventa.

(Sentencia de 22 mayo 2000)

ARTÍCULO 252

No constituye apropiación indebida la mera prolongación del uso de vehículo entregado a comprador para que lo pruebe, recuperándose a los seis días aparcado en la vía: falta del animus rem sibi habendi

Tercero. El motivo primero se articula a través del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal alegando que los hechos declarados probados no reflejan los elementos del delito puesto que falta el *animus rem sibi habendi*, es decir, el propósito de incorporar la cosa definitivamente al propio patrimonio privando de ella a su titular. El Ministerio Fiscal apoya el motivo al entender que no se desprende de lo sucedido más que un ánimo de utilización transitoria no equiparable al propósito de definitiva incorporación patrimonial.

El relato histórico de la Sentencia expresa que tras entrevistarse el acusado con el propietario de un vehículo en venta, éste le dejó las llaves del coche en determinado establecimiento para que pudiera el acusado probarlo antes de decidirse definitivamente por la compra. Señala también que el acusado se llevó el vehículo y no se puso en contacto con el vendedor, que lo recuperó seis días después cuando la Policía lo encontró en la vía pública debidamente estacionado. La Sala de instancia apreciando en esa posesión un fin de apropiación y de hacer suyo el vehículo al menos de forma transitoria, estima la comisión del delito del artículo 252 del Código Penal.

El motivo debe estimarse. En efecto: el delito de apropiación indebida además de una previa posesión o tenencia de lo que sea su objeto —dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble— recibido por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, exige por un lado el cambio del *animus* sustentador de la posesión que de ser en concepto distinto al dueño reconociendo el dominio en otra persona, pasa a convertirse en intención de hacer propia la cosa que es de otro; y por otra parte un comportamiento material de apropiación por el ejercicio de hecho de facultades propias del dominio, sea gozando o sea disponiendo de la cosa como dueño.

En este caso no constan en la Sentencia datos objetivos que denoten una voluntad de hacer propia la cosa exteriorizada por actos concluyentes de arrogación de los poderes de dueño. Tanto si la posesión del vehículo se inscribe en un ámbito de tratos preliminares como si corresponde a la esfera de un comodato, se concedió la facultad de usarlo y probarlo, pero aparece que fuera transmutada en una disposición del vehículo o de alguna de sus partes, ni de una negativa a su entrega tras una exigencia de devolución que no consta se hiciera, ni tampoco un comportamiento de ocultación indicativo de un propósito de apropiación definitiva. Lo que existe es una continuidad o persistencia en la posesión que no por ser temporalmente excesiva denota necesariamente un comportamiento de hecho como si la cosa fuera propia.

En primer lugar porque el *factum* de la Sentencia no dice que se pactara una posesión por tiempo menor o hubiera un requerimiento de devolución que extinguiera el derecho a su uso.

En segundo lugar porque aunque así fuera, sea por haberse pactado expresamente o sea por exigirlo así la buena fe en cesión acordada para la sola comprobación del funcionamiento del automóvil, la continuidad de la tenencia sin

que haya constancia de una efectiva utilización del coche durante todo ese tiempo sólo representa la pura omisión del acto de su devolución. Esta omisión por sí misma, sin una negativa al reintegro, no pasa de ser en principio mero incumplimiento civil de la obligación nacida del título de entrega, esto es, un simple retraso o incumplimiento moratorio en la obligación salvo que tenga la duración suficiente para ser reveladora de un ánimo de apropiación, lo que no sucede en este caso.

Y en tercer lugar, porque una hipotética prolongación del uso efectivo del vehículo más allá de lo autorizado por el título posesorio, con ánimo abusivo de aprovechamiento temporal del mismo sin propósito de apropiación definitiva o permanente de la cosa constituye una apropiación con expropiación transitoria, es decir, una apropiación indebida de uso; figura de dudosa tipicidad y objeto de controversia doctrinal: mayoritariamente se rechaza su carácter típico por no ser compatible con el necesario y verdadero ánimo de apropiación, pero no faltan quienes supeditan la tipicidad a una apropiación del «valor» de la cosa, o de su «sustancia», o a una «duración» significativa, o a la apropiación de la «función»; o quienes conjugando varios criterios consideran típica la apropiación indebida de uso si el uso conlleva bien la expropiación de parte del valor de la cosa, bien una privación significativa, por su duración o trascendencia, de las facultades dominiales del propietario.

En cualquier caso aquí la duración no fue relevante, ni hubo disminución del valor, ni de sustancia, ni expropiación definitiva de ninguna función. Por consiguiente la sola prolongación del uso más allá de lo que el título posesorio permitiera, carece de relevancia como comportamiento típicamente apropiativo, y no trasciende la significación de un mero incumplimiento obligacional.

El motivo por lo expuesto debe ser estimado.

(Sentencia de 3 febrero 2000)

Apropiación indebida de premio de bingo compartido previo acuerdo; abuso de relaciones personales entre el defraudador y las víctimas

Segundo. 1. En el motivo del mismo ordinal denuncia el error de derecho producido en la Sentencia por la indebida aplicación, a los hechos probados del artículo 252 del Código penal. Argumenta que el título por el que se recibe el dinero es el cartón premiado que era poseído por la recurrente María Luisa, única persona que podía cobrarlo, pues el premio se abona contra la presentación del cartón premiado.

2. La estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos: a) que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro; b) que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo

aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver» (SSTS de 31-5-1993, 1-7-1997); *c*) que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquel para el que fue entregada; y *d*) que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

Estos elementos concurren en el hecho declarado probado. Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, en su informe impugnando el recurso, por encima del tratamiento reglamentario del juego del bingo, definiendo el título y los requisitos de su canje por el premio pactado, existió un acuerdo de voluntades, y así se declara probado, por el que la recurrente devenía en tenedora del cheque, librado a nombre de otra jugadora, y a disposición de las tres, para canjearlo bien por el dinero que se incorporaba al cheque, bien para su cambio en tres cheques. Existía una obligación pactada de repartir, en este sentido devolver, el dinero incorporado al cheque del que la recurrente, con la cooperación del otro recurrente, se apropió, esto es, hizo suyo en lugar de cumplir con las obligaciones de reparto asumidas.

La subsunción de los hechos probados en el tipo penal de la apropiación indebida es correcta y ningún error resulta acreditado por lo que el motivo se desestima.

Tercero. En el tercer motivo, también formalizado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del artículo 250.1.7 del Código Penal, la agravación derivada de su comisión con abuso de relaciones personales, afirmando que esta agravación es inherente al delito de apropiación indebida. Con cita jurisprudencial y doctrinal destaca la vulneración del principio *non bis in idem* al aplicar el tipo penal de la apropiación indebida y la agravante específica del abuso de relaciones personales, al contemplar desde una doble norma jurídica un mismo hecho, el abuso de confianza.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina cuando han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida han destacado como elemento la existencia de un abuso de confianza «de tal modo que la infracción de la obligación adquirida no constituya tan sólo un incumplimiento contractual sino también una defraudación de la confianza depositada, conducta por ello merecedora de una reprochabilidad penal» (SSTS de 11-10-1995, 4-10-1996, 21-4-1999, por todas en sentido análogo). En el mismo sentido, se ha declarado que la antigua agravante genérica del abuso de confianza era incompatible con aquellos delitos en los que el abuso de confianza estaba implícito en su estructura, como la estafa y la apropiación indebida (STS de 28-6-1989).

Pero el Código Penal de 1995 recoge como agravación específica del delito de apropiación indebida una figura, que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, el abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o el aprovechamiento de su credibilidad empresarial o profesional, caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la

confianza que se quebranta en la apropiación indebida. Si cada apropiación indebida supone un quebranto de una confianza depositada en el sujeto activo, la aplicación del tipo agravado supone un *plus* en esa relación de confianza «distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la relación de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo» (STS de 3-1-2000).

La aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva, un *plus* que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza de la apropiación indebida.

En el supuesto objeto de la censura casacional, la relación de amistad existente entre las perjudicadas y una de las autoras de la apropiación, a la que se ha aplicado el tipo agravado, fue, precisamente, la que generó la relación de confianza de la dinámica comisiva de la apropiación, por lo que no es de aplicación la agravación aplicada en la Sentencia y el motivo debe ser estimado, sin que esa relación de amistad integre el presupuesto de la agravación, sin perjuicio de que el tribunal de instancia, atendiendo precisamente a esa amistad la tenga en cuenta en la individualización de la pena.

La atenuación de este motivo, referido sólo a la recurrente, supone la modificación de la pena estimándose proporcionada a los hechos la de 2 años y seis meses de prisión y multa de seis meses, pena impuesta al otro recurrente al que no se aplica la agravación cuya penalidad no ha sido discutida y que se considera proporcionada a los hechos dada la dinámica comisiva declarada probada con especial afectación de las relaciones personales de amistad existente entre los intervinientes en el hecho.

(Sentencia de 28 abril 2000)

La apropiación indebida no requiere el enriquecimiento del sujeto activo, sino el perjuicio del pasivo, siendo irrelevante el destino dado al dinero distraído

Reiteradamente nuestros precedentes han puesto de manifiesto que el delito del artículo 535 CP 1973 (igual al art. 252 CP 1995) no requiere enriquecimiento del sujeto activo sino perjuicio del sujeto pasivo. Ello rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas, donde se requiere sólo el *animus rem sibi habendi*, como en el de administración desleal consistente en la distracción de dinero. Por lo tanto carece de toda significación que el acusado haya desviado el dinero al pago de deudas de la empresa que administraba, toda vez que, de todos modos, el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo resultaba precisamente de que su mandatario no le entregó el dinero recibido para él.

Por otra parte, el destino dado al dinero distraído es también irrelevante a los efectos del elemento subjetivo del delito y también lo sería si entendiera que el tipo

contenido en los artículos 535 CP 1973 y 252 CP 1995 exige que el autor obre con *animus rem sibi habendi*. En efecto, el propósito de tener el dinero para sí sería de apreciar aunque el autor sólo persiguiera una tenencia transitoria, como ocurre en todos los casos, como el presente, en los que no se comprueba un enriquecimiento personal definitivo del autor sino sólo una disposición antijurídica del dinero administrado (cfr. STS de 26 de febrero de 1998).

(Sentencia de 12 de julio de 2000)

Diferencias de la apropiación indebida con el hurto: elementos esenciales

Quinto. Pues bien, partiendo de tales componentes operativos y funciones desempeñadas por la acusada, el Tribunal de Instancia –después de referir sintéticamente las diversas variantes doctrinales y jurisprudenciales que servirían para calificar los hechos–, decide que «siendo una “cuestión” abierta dado que la Jurisprudencia sigue manejando los postulados clásicos con las aportaciones normativistas descritas y en la doctrina ninguna de las formulaciones ha conseguido ser mayoritaria. El criterio ecléctico de atención a la naturaleza de la relación de hecho que el sujeto activo tiene con la cosa, sin olvidar (aspecto normativo) el título en virtud del cual se posee, con atención asimismo a la Jurisprudencia del TS, sirve de base a la decisión que en esta resolución se adopta, esto es, de considerar que nos hallamos ante un delito de hurto». Al efecto se citan los que, desde antiguo, se venían considerando casos límite los de los llamados servidores de la posesión. Éstos no poseen para sí sino para otros, para los dueños de las cosas muebles. Mantienen una situación de proximidad física con la cosa, incluso de detentación temporal, pero tal relación no llega a configurar una verdadera posesión, y no es, desde luego, un título de los que producen obligación de entregar o devolver, porque no son títulos posesorios, reseñando los supuestos que, a título ejemplificador, describe la Sentencia de 31-5-1993 (caso «D») para terminar afirmando que el caso de autos es idéntico a los que, ejemplificativamente, el Tribunal Supremo enumera como constitutivos de hurto: la señora Ll. no recibe ni posee con obligación de entregar o devolver, sino que, por razón de su trabajo, tiene contacto con el dinero de la sucursal, con la finalidad de dar el destino laboralmente asignado a las cantidades que maneja (criterio jurisprudencial). Éstas no las posee con carácter autónomo sino momentáneamente en función exclusiva de su destino. Toda ulterior posición supone un quebrantamiento de la custodia (criterio de la doctrina alemana), e implica la consumación del delito de hurto y no el de apropiación indebida, ya que para aquél basta la mera disponibilidad que se produce con cualquier detentación al margen de las laboralmente admitidas, en tanto que para la apropiación precisa una decisión ulterior de conversión en propiedad de la posesión, posesión de la que –como se viene razonando– carecía.

Sexto. Planteada así la cuestión, no cabe duda que en la oferta dialéctica que presentan ambas tesis enfrentadas aparecen en cada una de ellas razonables dosis de aceptación. Tanto es así que no puede considerarse pacífica la praxis jurisprudencial al respecto aunque sí ofrece connotaciones constantes que permiten mantener asertos de unanimidad como referentes con los que establecer criterios ge-

neralizantes, aun cuando no axiomáticos, dadas las específicas peculiaridades de cada caso.

Viene a cuento tal reflexión porque en definitiva ella resume el propio debate interno de quienes tienen que resolver jurisdiccionalmente el supuesto ahora contemplado desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica en la que concurren fundados posicionamientos doctrinales más que pragmáticas realidades.

En todo caso, sí conviene destacar que los criterios simplistas de diferenciación de la apropiación indebida y del hurto y a cuya virtud –según Sentencias de 28-4-1986 y 13-2-1989– en la apropiación indebida el agente se apropia de cosas ajenas que se hallan en su poder en virtud de uno de los títulos posesorios aludidos expresamente en el artículo 535, hoy 252, depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido y en el hurto, el culpable toma y se apodera de lo que otro posee, mientras que en la apropiación indebida aquél se adueña o dispone de lo que el mismo posee por haberlo recibido del propietario, han quedado mermadas, no sólo con aportaciones doctrinales o matizaciones jurisprudenciales posteriores producto de una praxis nacida de la reforma del Código Penal de 1983 y la fagocitación que del delito de hurto por parte del de apropiación indebida (al desaparecer el abuso de confianza como componente agravatorio del primero) supuso dicha reforma legal. Así lo destacó ya una Sentencia de 13-10-1987. Sin embargo una constante de dicha evolución se reconduce a lo largo de una larga línea jurisprudencial –de la que son exponentes, las Sentencias de 19-12-1988, 16-6-1992, 11-10-1995, 20-6-1997, 1-7-1997, 27-11-1998 y 12-5-2000– en la que permanentemente se destaca:

a) por un lado, una dualidad operativa en el delito de apropiación indebida. De ahí que se reafirme en las resoluciones citadas:

«La doctrina de esta Sala ha establecido reiteradamente que en el delito de apropiación indebida el título por el que se recibe la cosa ha de originar una obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario y ha precisado que los títulos que el precepto relaciona (depósito, comisión y administración) no son un *numerus clausus*, como claramente se verifica al incluir una fórmula abierta que extiende el ámbito del tipo a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver (por todas STS de 27 de noviembre de 1998). Por eso el delito se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquéllos le fueran entregados. De ahí que, cronológicamente, existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si, con ánimo de lucro, se origina tal apoderamiento o la distracción de lo que se tenía en posesión. La fórmula amplia y abierta del artículo 535 del Código (hoy 252), permite incluir en el tipo, además de las expresamente consignadas, toda una serie de posibles relaciones jurídicas. En este sentido, distínguense los supuestos de cosas concretas no fungibles y aquellos en los que se trata de dinero o cosas fungibles que deben tener un destino determinado, previamente fijado».

y b) Por otro, que subyace en las conductas típicas como apropiación indebida (SSTS de 19-12-1988, 16-6-1992, 21-5-1993, 19-10-1996 y 20-2-1998) el quebranto de una situación de lealtad inicial asumida o, en definitiva, un abuso de confianza que normalmente está ausente en el hurto típico. De ahí que en la citada Sentencia de 12-5-2000 se reafirma como resumen ejemplar de todas ellas que:

«El ánimo de lucro implica cualquier ventaja o utilidad a obtener. Se constituye en dolo esencial que propicia la infracción si a la vez va unido al quebrantamiento de la lealtad debida, lealtad manifiestamente resquebrajada porque el acusado o los acusados abusando de esa confianza, distorsionan ilegítimamente las justas expectativas que el propietario demandaba en favor de aquello que le pertenecía (STS de 20 de febrero de 1998).

Por lo demás, la diferencia con el delito de hurto no sólo radica en la concurrencia del elemento de la defraudación por el sujeto activo de la confianza, o al menos de la buena fe, que el propietario del dinero o de la cosa deposita en el autor del hecho. También en que la esencia de la apropiación está en el ataque a la propiedad del dueño, puesto que la posesión de la *res furtiva* ya la tenía el acusado, en tanto que el hurto ataca a la vez y de modo pleno ambas facultades dominicales –posesión y propiedad–, de modo que bastará reconocer esa previa posesión de la cosa por el *accipiens* para tipificar el hecho como apropiación y no como hurto (STS de 18 de mayo de 1994)».

Existe, pues en la apropiación un componente de deslealtad o «incumplimiento del encargo» –mandato o instrucciones recibidas– que, a la vez de soportarse en un criterio objetivo y abierto de manejo y disposición de los bienes, lleva unido el quebrantamiento del abuso de confianza que el acto de distracción o disposición espuria intrínsecamente lleva consigo y, sin embargo, no se aprecia en el hurto.

El artículo 535 derogado y su equivalente en el Nuevo Código, artículo 252 no sólo contienen el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también y en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal de alcance limitado que se comete cuando el encargado del depósito, administración o gestión perjudica clamorosamente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para darles el destino previsto por aquél, las desvía para otras finalidades o se las apropia distrayendo el dinero de cualquier forma. No olvidemos –así lo recuerda la Sentencia de 27-11-1998– que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

Séptimo. Pues bien, a la vista de dichos parámetros, el supuesto sometido a nuestra consideración merece la calificación de apropiación indebida. El manejo de los fondos de los que estaba encargada la acusada como cajera de una oficina principal de una importante institución financiera en una gran ciudad por sus específicas facultades y connotaciones operativas –prácticamente de rango institucional o de trascendente importancia en la diaria operativa bancaria– supera en exceso el rango puramente burocrático, laboral o de escasa entidad y pasa a convertirse en una estable función de confianza que apareja, además del específico encargo del principal para la recepción, trasiego y destino final del bien fungi-

ble en que el dinero consiste, una intensidad, seguridad y permanencia posesoria en su custodia y disponibilidad para dirigir sus destinos que encaja en la fórmula abierta que acogen los precitados preceptos sustantivos.

Ambos presupuestos, si se unen a que –como bien destaca la entidad recurrente– el título de legitimación que ostentaba la acusada proviene *ab initio* precisamente de su cargo en el Banco, a quien representa cuando recibe o dispone de la suma dineraria (y en tal modo representa a la entidad que hasta está facultada para estampar el sello de «recibí» en nombre de la compañía) y que dicho dinero aquella –la acusada como cajera– habría de entregarlo ya al banco o al cliente, determinan que su actividad es la de una depositaria temporal hasta la rendición de cuentas a sus superiores jerárquicos, confeccionando el estadillo diario y el cuadro de caja, lo que permite calificarla como poseedora de las sumas económicas, en tanto que, representando al Banco, poseía un dinero ajeno que ella era la encargada de velar y conservar, dado que le había sido entregado en razón de confianza que el Banco había depositado en ella para su administración con independencia de las peculiaridades de gestión que implicaba su actividad laboral.

(Sentencia de 21 julio 2000)

Clases de apropiación indebida: apropiación indebida de cosas muebles y gestión desleal del administrador

Segundo. 1.–Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim se denuncia la indebida aplicación del artículo 535, en relación con los artículos 528 y 69 bis, del CP 1973, basándose en que no se dan los elementos típicos del delito de apropiación indebida hasta el punto de que la propia Audiencia admitió la posibilidad de plantearse la disyuntiva de ser los hechos constitutivos de un delito de estafa.

2.–El esfuerzo dialéctico que se despliega no puede prosperar ante la inalterada realidad del *factum*, en el que se afirma que las cantidades de abono que había que disolver en agua en determinadas proporciones, no coincidían con las verdaderas en realidad en el tanque «beneficiándose el acusado con la diferencia que hacía suya»; también se afirma que la diferencia entre los abonos que debían recibirse en la finca con los recibidos realmente era conocida y aceptada por el acusado, «que lo ocultaba a sus principales en beneficio propio».

Tales expresiones fácticas reclaman con toda claridad la subsunción de los hechos en la apropiación indebida tipificada en el artículo 535 del CP 1973, y ahora en el 252 del Código vigente, sin que sea obstáculo para ello que en el fundamento primero de la Sentencia, como alega el recurrente, se haga alusión a la falta de sacos de abono, pero ignorándose si fue acompañada o no de efectiva disposición de las mismas en propio beneficio del acusado o, por el contrario, se trató de buscar una disposición patrimonial bajo el engaño de haber recibido más mercancía de la realmente entregada en la finca, pero lo cierto es, como se precisa en el propio fundamento, que «existió verdadera apropiación en cuanto a la cantidad de producto recibida y no empleada en el cultivo de la finca», reafirmando la Sala en la calificación de apropiación indebida rechazando que además los hechos fueron constitutivos de un delito de estafa o, alternativamente, de hurto, como había pretendido la acusación particular.

3.-La calificación jurídico-penal de la Sala es plenamente acertada. Los actos de administración fraudulenta no se producen, por lo general, en virtud de una inicial, previa e intencionada maniobra engañosa sino por el ulterior, consciente e interesado quebrantamiento *a posteriori* de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo, lo que impide su inclusión en el delito de estafa –por ser el engaño su indiscutible elemento nuclear, sobre todo a raíz de la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio– pero los hace subsumibles, sin duda alguna, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, en el llamado «tipo de infidelidad», lo que permite afirmar hoy, como con reiteración ha declarado esta Sala, que «en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían –como sigue yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente– dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador; únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*», como se dijo literalmente en la Sentencia de esta Sala 224/1998, de 26 de febrero que precisó, más adelante, que de acuerdo con esta interpretación el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el artículo 535 del CP 1973 sugiere con claridad lo que separa a la apropiación indebida en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarla– la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (en el mismo sentido SSTs de 3 de abril y 17 de octubre de 1998).

En la apropiación indebida, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 27 de julio de 2000, existe «un componente de deslealtad o «incumplimiento del encargo» –mandato o instrucciones recibidas– que, a la vez de soportarse en un criterio objetivo y abierto de manejo y disposición de los bienes, lleva unido el quebrantamiento del abono de confianza que el acto de distracción o disposición espuria intrínsecamente lleva consigo y, sin embargo, no se aprecia el hurto». El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 21 noviembre 2000)

Concurso de leyes entre delito de apropiación indebida y delito societario: principio de alternatividad

Segundo. El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim aduce la falta de aplicación del artículo 295

del Código Penal de 1995, que el recurrente estima aplicable conforme al principio de especialidad.

La norma penal referida no se encontraba en vigor en el momento de comisión de los hechos objeto de acusación (1991 y 1992), por lo que éstos han sido correctamente enjuiciados conforme al Código Penal vigente en el momento en que se ejecutaron las acciones delictivas (art. 7.º del Código Penal de 1995). Sólo en el supuesto de que las normas penales posteriores fuesen más favorables para el reo podría interesarse la aplicación transitoria primera del nuevo Código), lo que en principio no sucede en el caso actual pues la pena privativa de libertad impuesta por el delito de apropiación indebida conforme a los artículos 535, en relación con el artículo 528 y 529.7.º del Código Penal 1973, también es imponible con arreglo al Nuevo Código (art. 252 en relación con el art. 250 del Código Penal 1995).

Por otra parte aun en el supuesto de aplicación retroactiva del Código Penal 1995 no procedería, en ningún caso, la aplicación del artículo 295 con preferencia al 252, pues en la resolución del concurso normativo entre ambos tipos no procede la aplicación del principio de especialidad sino el de alternatividad, como ya ha establecido esta Sala con anterioridad (STS 26-2-1998).

Como ha señalado la doctrina, en los supuestos de especialidad del delito principal y el especial se comportan como círculos concéntricos en el que el menor o especial está comprendido íntegramente en el círculo mayor o tipo general, de manera que todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la hipótesis típica del tipo general, es decir se encuentran comprendidos en él, aun cuando concorra además algún elemento típico adicional; por el contrario en los delitos que se encuentran en relación de alternatividad, la imagen correspondiente es la de círculos secantes, que tienen una zona común en la que los comportamientos delictivos satisfacen ambas hipótesis típicas, pero que también tienen zonas exclusivas, en las que los comportamientos únicamente satisfacen la hipótesis típica de uno de ellos pero no del alternativo.

Ésta es precisamente la situación que concurre entre el tipo delictivo de apropiación indebida del artículo 252 y el de administración desleal del artículo 295, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria y en el segundo comportamientos, como la disposición fraudulenta de bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. La relación entre ambos tipos es la de alternatividad y no de especialidad, lo cual resulta, además, coherente con el dato evidente de que no se aprecian razones que pudiesen explicar un tratamiento injustificadamente privilegiado para los delitos de apropiación indebida cometidos en el ámbito de la administración societaria.

(Sentencia de 15 diciembre 2000)

ARTÍCULO 257

Alzamiento de bienes: doctrina general

Segundo. El delito de alzamiento de bienes aparecía sucintamente definido en el artículo 519 del CP anterior. Ahora se encuentra regulado con una mayor ex-

tensión en los artículos 257 y 258 del CP vigente. Sin embargo, en ambas regulaciones, obedece a la misma finalidad: la necesidad de mantener íntegro el patrimonio del deudor como garantía universal en beneficio de sus acreedores (art. 1911 del Código Civil).

Pese a la mencionada mayor extensión de su regulación actual, las diversas figuras de este delito que aparecen recogidas en tales artículos 257 y 258 responden a la definición que nos daba el artículo 519 del CP anterior y que ahora recoge el núm. 1 del apartado 1 del artículo 257 CP actual que sanciona al «que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores».

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión «en perjuicio de sus acreedores» que utiliza el mencionado artículo 257.1.1.º ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión así entendida se deducen tres consecuencias: 1.ª Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.ª La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.ª Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal al incluir

todos ellos el mismo capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al CP 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (SSTS de 28-5-1979, 29-10-1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (STS de 4-5-1989), ni menos aun que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia del delito del artículo 257.1.1.º.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal, salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

(Sentencia de 27 abril 2000)

Alzamiento de bienes: requisitos. Aplicación a abogado que diseña operaciones para que terceros hagan desaparecer bienes que sí tienen la condición de comerciante

Segundo. (...) Acudiendo a los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala podemos afirmar que confluyen todos ellos: *a)* Preexistencia de una relación jurídica obligacional de la que se deriva la presencia de una o varias deudas reales, generalmente vencidas y líquidas y exigibles. Del relato fáctico se desprende que, ambos acusados, como titulares y administradores únicos de las sociedades constituidas, habían contraído, con una entidad bancaria, una serie de deudas derivadas de diversos contratos de crédito y descuento. El saldo total deudor ascendía a más de treinta y cinco millones de pesetas. *b)* La materialización de la ocultación o disipación del patrimonio que responde de las deudas, merced a la actividad desplegada por el deudor o deudores, actividad que, como dice la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1992, puede adoptar numerosas formas no todas ellas previstas o encajables en las relaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento ya que, lo verdaderamente efectivo, es la desaparición material o jurídica de los bienes, que abandonan el patrimonio del deudor colocándole en una situación de insolvencia real y efectiva, al no existir bienes susceptibles de ser sometidos a la acción de los acreedores. La Sentencia recurrida, después de relatar las maniobras realizadas para extinguir las sociedades deudoras y crear otra nueva, declara que los acusados transfirieron materialmente a esta última sociedad, las materias primas, máquinas e instrumentos de su propiedad, así como la mayor parte de sus empleados, los cuales continuaron prestando servicios para la nueva sociedad. *c)* Situación de insolvencia total o parcial, real o aparente del deudor que sea consecuencia o efecto de las maniobras elusivas o fraudulentas, haciéndose inefectivos los derechos de los acreedores, al derivar estériles el ejercicio de sus normales pretensiones de cobro. Como dato final, la Sentencia recurrida nos dice que la entidad bancaria no ha percibido parte alguna de su crédito, habiendo desaparecido la nueva empresa y no constando el paradero de sus bienes. *d)* Como elemento vitalizador del injusto se requiere un ánimo o propósito delictivo encaminado a defraudar a los acreedores, eludiendo el pago o cumplimiento de sus obligaciones merced a la desposesión de sus bienes, ocultándolos, enajenándolos o haciéndolos desaparecer, mediante actos o negocios jurídicos fingidos que denotan el elemento subjetivo del tipo exigido por el principio de culpabilidad. El elemento subjetivo o tendencial aflora con facilidad, a través del examen y análisis de todos los elementos objetivos que constan incorporados al hecho probado. Todas las maniobras fraudulentas que se han descrito con anterioridad, nos llevan a concluir, del mismo modo que ha hecho la Sala sentenciadora, que el propósito que animaba a los recurrentes era el de eludir el pago de la deuda contraída con la entidad bancaria. Admitiendo en principio la situación material de las empresas originarias y la grave crisis por la que atravesaban, tal como reconoce el hecho probado y admitiendo que, en teoría, una de las soluciones posibles pasaba por mantener los puestos de trabajo, lo cierto es que resulta injustificable que los recurrentes no hubieran informado de este propósito a la entidad bancaria acreedora para que, si lo estimaba factible, hubiera incluso proporcionado su asentimiento a la operación si con ello contribuía a salvar la crisis existente. A pesar de las protestas de las partes recurrentes, no existe el más mínimo dato que avale su afirma-

ción de que avisaron a los acreedores y además concurren elementos, como el de la creación de una sociedad en la que sus verdaderos gestores y administradores permanecían en la sombra, que denotan inequívocamente un propósito fraudulento tal como ha apreciado la Sentencia recurrida. Por otro lado, se cierra el círculo de las valoraciones sobre el elemento subjetivo, al existir un dato complementario de carácter fáctico que avala esta conclusión, como es el relativo a que, en ningún momento, las sociedades extinguidas abrieron un proceso de liquidación acudiendo a los instrumentos jurídicos previstos para estas situaciones.

(...)

Quinto. (...) 1. El motivo se formula con carácter subsidiario de los dos anteriores y para el caso de que no prosperasen y admite, como no podía ser de otra forma, el contenido del hecho probado. En consecuencia estima que su actividad se limitó a proporcionar sus consejos profesionales como abogado especializado en quiebras y suspensiones de pago. Señala que, en el primero de los fundamentos de derecho, se califican los hechos como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del anterior Código Penal estableciendo que se aplica el subtipo agravado dada la condición de comerciantes de los autores directos. En el segundo fundamento de derecho, se considera al recurrente co-operador necesario del artículo 14.3 del anterior Código Penal. Señala que la propia Sentencia declara que el acusado es abogado de profesión y que, por esta condición, intervino en los hechos objeto de enjuiciamiento, por lo que resulta obvio que no ostenta la condición de comerciante. Reconoce que existe una línea jurisprudencial uniforme, que entronca con la polémica suscitada en torno al parricidio, en la que se rompe el título de imputación, no ya por la aplicación inmediata del anterior artículo 60 del Código Penal, sino porque su espíritu puede trasladarse analógicamente, en favor del reo, a los supuestos en que la agravante es específica y no generalizada.

2. El artículo 519 del Código Penal derogado establecía una pena mínima de arresto mayor, para el supuesto de alzamiento de bienes que pudiéramos denominar básico, es decir, el cometido por cualquier deudor en perjuicio de sus acreedores. Paralelamente contemplaba una pena de prisión menor, cuando el hecho fuera realizado por un comerciante, matriculado o no. El vigente Código Penal dispone, en el artículo 257.1.1.ª, que comete este delito el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, sin hacer especificaciones o matices en función de la condición de comerciante del sujeto activo, si bien esta circunstancia podría tenerse en cuenta, cuando fuera relevante, a la hora de individualizar la pena.

La jurisprudencia tradicional venía considerando mayoritariamente que, al amparo del artículo 60 del Código Penal de 1973, las circunstancias agravantes que consistieren en la disposición moral de delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sólo servirán para agravar la responsabilidad de aquellos culpables en quienes concurran. El artículo 65 del Código vigente reproduce íntegramente la redacción anterior, por lo que no existen bases para establecer un cambio de jurisprudencia.

Aunque no existe obstáculo alguno para estimar la participación de un extraño en un delito especial propio, como es el alzamiento de bienes de los comerciantes, ello no lleva automáticamente a trasvasar los efectos punitivos específicos previstos para el autor material o directo, a todos los que concurren a la realización del hecho con aportaciones de colaboración o coparticipación. Los efectos agravatorios sólo pueden anudarse a las conductas realizadas por el sujeto material y directo del

acto típico y sólo en el caso de que esta condición concorra además en los copartícipes, se puede extender la agravación de la pena.

Esta doctrina se ha recogido en varias Sentencias de esta Sala entre las que podemos citar la de 26 de junio de 1992 que, al contemplar un supuesto de coparticipación en un delito de alzamiento de bienes, declara que los cuatro cooperadores necesarios se hacen acreedores a la condena, al igual que los otros dos coautores por participación directa. Ahora bien, la doctrina de esta Sala ha declarado que no puede hacerse extensivo el carácter de comerciante a todos los que hayan coparticipado en los hechos, sino solamente a los que ostentan el «status» de comerciante, que es a los que se les puede reprochar un *plus* de culpabilidad, por existir una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

(Sentencia de 16 junio 2000)

Alzamiento de bienes para dificultar o impedir el embargo: requisitos

Único. (...) 3. El delito de alzamiento de bienes en el nuevo Código Penal, mantiene en parte la estructura tradicional en cuanto al tipo básico que contempla la conducta del deudor que huye con sus bienes o que realiza cualquier acto de disposición sobre los mismos con el fin de sustraerlos a los derechos que puedan ejercitar sus acreedores. El artículo 257 del nuevo Código Penal describe todos los supuestos que pueden encuadrarse en el alzamiento de bienes y perfila, con más nitidez, algunos aspectos que habían sido omitidos en la redacción anterior y que habían dado lugar a disparidad de criterios interpretativos en la doctrina y en la jurisprudencia.

El artículo 257.1.2.º del Código vigente define como conducta punible cualquier maniobra del deudor encaminada a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo realizada con la finalidad de perjudicar a sus acreedores. A la vista de su texto podemos establecer que esta modalidad delictiva queda consumada cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Existencia previa de una obligación contraída válidamente que coloca al deudor en situación de tener que hacer frente a las obligaciones asumidas. En este punto, tenemos que advertir que ha sido superada la antigua discusión sobre la naturaleza y exigibilidad de la obligación, ya que el actual artículo 257.2 del Código Penal establece, de forma terminante e inequívoca, que el tipo penal entra en juego cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica pública o privada.

b) Que se trate, en todo caso, de obligaciones de dar, ya que las obligaciones de hacer no son susceptibles, inicialmente de ser exigidas mediante el embargo o procedimiento ejecutivo de apremio. Sólo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar.

c) Nos encontramos ante un delito de mera actividad y no de resultado, en cuanto que la consumación se produce por el hecho de realizar el acto de disposición con el fin de dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo o de un

procedimiento ejecutivo o de apremio, independientemente del resultado final de estos impedimentos o trabas.

d) Se exige además como elemento subjetivo del injusto, la intencionalidad o voluntad de actuar movido por el ánimo de perjudicar a los acreedores, siendo indiferente que se trate de uno o de varios.

4.-El recurrente ha recorrido, uno a uno, todos los tramos o requisitos que hemos anteriormente esquematizado. En primer lugar, había contraído la obligación legal de satisfacer las pensiones señaladas a sus hijos en el procedimiento de divorcio. Conocía no sólo la existencia de la deuda, sino también la puesta en marcha del procedimiento de hacerla efectiva por la vía previa del embargo, ya que el hecho probado nos dice, sin lugar a dudas, que la diligencia mencionada le había sido oportunamente notificada, por lo que conocía, no sólo la decisión judicial sino también las fechas en que se iba a llevar a cabo. La retirada de los fondos, dejando un saldo prácticamente inexistente, constituye una maniobra destinada a hacer ineficaz la medida judicial de embargo, como paso previo necesario para la ejecución posterior de la deuda.

A estos efectos resulta indiferente que el acusado, una vez iniciado el procedimiento penal, hiciera pagos parciales que, en ningún caso, cubren la totalidad de la deuda, ya que como hemos dicho el delito se había consumado por la realización de las maniobras impeditivas u obstativas de la eficacia del embargo. También carece de trascendencia el hecho de que el acusado pusiera de manifiesto que existían otros bienes, como un automóvil, sobre el que se podía haber hecho efectiva la deuda, ya que ello no elimina la acción típica ya reseñada y, por otro lado, no podemos olvidar que esta circunstancia no ha sido reflejada en el hecho probado.

(Sentencia de 14 octubre 2000)

Diferencias entre alzamiento de bienes y estafa: relación concursal

Segundo. (...) Dado que los acusados han sido condenados por un delito de alzamiento de bienes y otro de estafa en grado de tentativa, el problema de fondo que se suscita es el de la relación concursal entre ambos, sobre el que se puede afirmar en principio que la diferencia estriba en que en el alzamiento de bienes la cuestión se plantea entre el acreedor y el deudor, disponiendo ilícitamente el sujeto activo de su patrimonio, con lo que se ataca el derecho de aquél a satisfacer su crédito con la totalidad del patrimonio del deudor (art. 1911 del Código Civil). Mientras que en la estafa, auténtico delito de apoderamiento, el autor lo que pretende es incrementar su patrimonio a costa del perjudicado, consiguiendo a su favor una transmisión de bienes ajenos.

(...)

Cuarto. Aplicando la doctrina antes expuesta a estos hechos, resulta como dice acertadamente el Fiscal en su Informe, que el desplazamiento patrimonial desde el Banco al acusado Juan J. se produjo lícita y regularmente al concedérsele el crédito, y el perjuicio a la entidad bancaria al efectuar aquél las reseñadas transmisiones; por lo que la tercería de dominio promovida por Juan Carlos no consti-

tuye un nuevo engaño y un nuevo perjuicio, sino el agotamiento del delito de alzamiento de bienes ya consumado desde que los bienes salieron del patrimonio del deudor.

Por ello los hechos descritos en el apartado segundo de la narración fáctica de la Sentencia de instancia, que han determinado la aplicación del delito de estafa en grado de tentativa, quedan consumidos en los del apartado primero, calificados como delito de alzamiento de bienes, dada la forma en que tales hechos se han desarrollado en el caso de autos.

(Sentencia de 14 noviembre 2000)

Alzamiento de bienes: doctrina general; significado de «en perjuicio de sus acreedores»

Segundo. El delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el artículo 1911 del Código Civil, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia recientes el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes.

Como recuerda la Sentencia de 27 de abril de 2000, que resume acertadamente la doctrina de esta Sala sobre el tipo delictivo analizado, una vez superado el concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad el alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión «en perjuicio de sus acreedores» que utilizaba el artículo 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1.º del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un

perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión así entendida se deducen tres consecuencias:

1.^a Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran líquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal de 1995 al incluir todos ellos en el mismo capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al Código Penal de 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (Sentencias de 28-5-1979, 29-10-1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (Sentencia de 4-5-1989), ni menos aun que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario acreditar ningún otro requisito para la existencia del delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos de activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio (STS de 27 de abril 2000).

(Sentencia de 26 diciembre 2000)

ARTÍCULO 263

El delito de daños es un tipo residual o subsidiario (precepto general) respecto a otros delitos que recogen daños específicos como el de incendio del artículo 351 (precepto especial) frente al cual cede su aplicación ex artículo 8.1.a CP

Segundo. (...) El delito tipificado en el artículo 263 del Código Penal se refiere a la causación dolosa de daños en propiedad ajena, pero en la redacción de ese artículo se impone una reserva para su aplicación y es que esa causación de daños no se comprenda en otro título del mismo Código, con lo que se evidencia que constituye un tipo delictivo residual o subsidiario, de aplicación tan sólo cuando los hechos no tengan encaje en otra figura delictiva que esté recogida en otro título del Código. No se opone esta solución al criterio que, con carácter general, se establece en el número 1.º del artículo 8 del mismo cuerpo legal, para el caso de que un hecho sea susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del Código Penal, y que consiste en aplicar preferentemente el precepto especial antes que el general. Lo que es evidente es que, antes de acudir al tipo general de daños que en el artículo 263 se expresa, habrá de comprobarse si los hechos encajan en otro tipo más especial recogido en otro título del mismo Código. Este caso se encuentra en tal situación y se observa que encaja en el delito de incendio del artículo 351 y en distinto título, el XVII del libro segundo, que agrupa los delitos contra la seguridad colectiva y que se singulariza porque los daños se causen por medio del incendio y, sobre todo, porque, como el título en que se encuentra hace esperar, comporta el incendio un peligro para la vida o integridad física, peculiaridad que sin duda determina, por la importancia de los bienes que se ponen en riesgo, la ele-

vacación notable de la pena aneja –prisión de diez a veinte años, que excede en su máximo del límite superior de la pena del delito de homicidio e iguala el grado más alto de prisión previsto para el de asesinato– con relación a la de multa de hasta un máximo de veinticuatro meses que se ha fijado para el delito de daños antes señalado, aunque se prevé en el mismo texto del artículo 351 citado la posibilidad de que el tribunal imponga la pena inferior atendiendo a la menor entidad del peligro causado y demás circunstancias del hecho. Esto es lo que ha resuelto el tribunal de instancia al imponer la pena de ocho años de prisión, pero atendiendo correctamente al riesgo y peligro que para la vida de los habitantes de la vivienda cuya puerta se incendió se había producido, pues en horas nocturnas no solamente era natural que estuvieran en el interior, sino también con menores posibilidades de apercibirse del peligro que corrían por estar entregados al sueño, sin que fuera esperado que el fuego, sobre madera y con utilización de gasolina, se extinguiera por sí solo, sino que, como ocurrió, requirió la utilización de cubos de agua para extinguirlo, por lo que constituyó un verdadero peligro para la vida o la integridad física de los habitantes en el lugar inmediato.

(Sentencia de 1 abril 2000)

ARTÍCULO 268

No es necesario que vivan juntos los hermanos para apreciarse la excusa absolutoria

Único. En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 268 del Código Penal.

En el recurso, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, se alega la concurrencia de todas las circunstancias que permiten apreciar la excusa absolutoria entre parientes.

El motivo debe ser estimado.

El vigente Código Penal ha dado nueva redacción a la excusa absolutoria entre parientes al disponer, en su artículo 268, que «1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal.

La nueva redacción determinó que esta Sala, en una Sentencia de 26 de junio de 2000, declarara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación.

La cuestión ha sido llevada al Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en su reunión del día 15 de diciembre de 2000, se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal.

Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros.

Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 819/1999.

Mi discrepancia alcanza obviamente al extremo relativo a la fundamentación jurídica de la resolución y, consecuentemente, al contenido de la deliberación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada ahora recurrida condenó al acusado como autor de una falta de hurto por haber substraído a su hermano un ciclomotor valorado en 45.000 pesetas, rechazando la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Nuevo Código Penal dado que «el acusado y perjudicado no vivían juntos, requisito que es aplicable a todos los supuestos previstos en dicho artículo, como se desprende claramente del caso de los cónyuges que sí están separados aunque sea de hecho, no puede operar la mencionada circunstancia».

Frente a tal determinación se alzó el recurrente al entender –apoyado por el Ministerio Público– que, a diferencia de lo previsto en el artículo 564 del Código Penal derogado, la redacción del Nuevo Código Penal no condiciona la aplicación de la excusa absolutoria.

Pues bien, dado que existía una Sentencia –la de 26-6-2000– en la que se acogía la tesis del recurso y dicho criterio no era compartido por quien ahora discrepa como Ponente que habría de redactar la Sentencia, la Sala llamada a decidir ante la discrepancia surgida y con el fin de unificar o rectificar el criterio a seguir en lo sucesivo, sometió a la consideración del Pleno la cuestión, la cual, en definitiva, no es sino puro reflejo de la que existe en el campo doctrinal, donde algunos autores sostienen la innecesariedad de la connivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia «ya que el Nuevo Código sigue el mismo criterio del derogado y amplía simplemente la excusa absolutoria a los hermanos por adopción, pero siempre a condición de que vivan juntos».

La resolución dictada acoge la decisión mayoritaria resultante de la referida reunión plenaria del 15-12-2000, mas ello no impide que quien discrepa pueda –en exclusiva y única oportunidad– exponer su determinación, puesto que una interpretación gramatical, lógica y sistemática –ésta sí excluyente del absurdo– es, a su

juicio, dadas las razones de política criminal que justifican la previsión normativa cuya aplicación se cuestiona, la que abona la tesis de la Sentencia recurrida. De ello son reflejo, tanto las precisiones en torno a las situaciones de ruptura matrimonial como la locución adverbial y coyuntural normativamente utilizada en el Texto Legal que, según el Diccionario de la Real Academia Española, denota comparación equivalente «a de igual manera que». De no ser así, se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios (eso sí, sin concurrir violencia o intimidación) bajo el amparo protector de la «fraternidad». Al considerar que el legislador no ha querido tal resultado al regular —aun cuando sea con confusa sintaxis— la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal vigente, muestro mi disconformidad en este Voto Particular.

(Sentencia de 20 diciembre 2000)

ARTÍCULO 274

Delito contra la propiedad industrial por poner a la venta productos (pantalones) con marca falsa

Tercero. En el tercer 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, de los artículos 534 y 528 del Código Penal de 1973.

El desarrollo del motivo se limita a impugnar la calificación jurídica en relación al delito contra la propiedad industrial, negando que el acusado hubiese reproducido, imitado o modificado una marca ni que hubiera tenido conocimiento de la falsedad de los pantalones vendidos.

Es de mencionarse, en primer lugar, el error material que se aprecia en la Sentencia de instancia al expresarse propiedad intelectual en lugar de propiedad industrial. Queda patente que se trata de un mero error material en cuanto el precepto aplicado del Código Penal es el artículo 534 del texto de 1973 que tipifica exclusivamente el delito contra la propiedad industrial.

El cauce procesal en el que se articula el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la Sentencia de instancia y en él queda claramente determinado que el recurrente vendió veinte pantalones de la marca Levis Strauss, modelo 501, sin que estuviesen fabricados por la citada marca que aparece debidamente registrada como consta en la Sentencia de instancia.

Establece el artículo 1 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, que por tal se entiende todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona y en su artículo 2 se dispone que podrán, especialmente, constituir marca, entre otros signos o medios, las letras, las cifras y sus combinaciones. Y el artículo 3 de la mencionada Ley de Marcas expresa que el derecho sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

El artículo 534 del Código Penal de 1973 castiga a quien infringiere intencionadamente los derechos de la propiedad industrial. El bien jurídico protegido lo constituye esencialmente el derecho de uso o explotación exclusiva de una propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes. Dicho precepto constituye un ejemplo de precepto en blanco cuyos presupuestos objetivos se colman remitiéndose a las leyes especiales que protegen la propiedad industrial y entre ellas ha de destacarse la Ley de Marcas de 1988 que deroga expresamente los Títulos 1.º, 3.º y 5.º del Estatuto de la Propiedad Industrial.

El Código Penal de 1995, en su artículo 274, tipifica de modo expreso, y sin remisión a Ley alguna, la comercialización de productos con una marca registrada con infracción de los derechos de exclusividad que corresponden al titular de la misma. No se requiere, en esta modalidad delictiva que el sujeto reproduzca, imite o modifique una marca, este ilícito penal únicamente exige que se pongan los productos en el comercio como aquí ha sucedido.

En consecuencia, tanto en el Código derogado de 1973 como en el Código vigente, la conducta del recurrente se subsume, sin dificultad alguna, en un delito contra la propiedad industrial, ya que vendió una partida de pantalones de la marca Levis Strauss, modelo 501, con conocimiento de que no pertenecían a dicha marca cuyo registro no podía ignorar, máxime cuando era una persona introducida en esa actividad comercial.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

ARTÍCULO 290

Administradores de una sociedad que falsean las cuentas anuales u otros documentos: inexistencia: no se realizan actuaciones idóneas para perjudicar económicamente a la sociedad

Cuarto. En el motivo tercero, deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción del «artículo 303 en relación con el artículo 302.4.º del CP 1973 o, en su caso –en atención a lo dispuesto en el art. 2 y en las disposiciones transitorias primera y segunda del Código de 1995–, del artículo 290 del CP vigente, al absolver a los acusados como autores de delito continuado de falsedad en los libros contables de las sociedades querellantes».

Se dice, como fundamento del motivo, que «tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobaba el nuevo texto del Código Penal, el delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 del CP 1973 –hoy art. 392–, en relación al artículo 302.4.º –hoy 390.4.º–, resultaba a simple vista despenalizado en cuanto a conductas falsarias realizadas por particulares. Sin embargo, esta regla general no puede abstraerse a la existencia de conductas constitutivas de falsedad ideológica que en el nuevo Código Penal han sido concretamente elevadas a la categoría de nuevo tipo delictivo, como es el caso de las falsedades cometidas en las cuentas de las sociedades mercantiles, castigadas en el

artículo 290 del CP 1995 –dentro del Título XIII, «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», Libro II.

Destaca también la parte recurrente que, en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia recurrida, se justifica la absolucón de los acusados por el delito a que se refiere el presente motivo porque en el nuevo Código Penal se ha destipificado la llamada falsedad ideológica para el supuesto de que sea un particular el que cometiére la misma; pero, al propio tiempo, pone de manifiesto que «frente a la actuación de un administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, (...) no podemos entender atípicas las conductas que motivaron la querrela al quedar incluidas en el ámbito de los delitos societarios –y en particular en el art. 290–, ...».

En relación con este motivo, debemos reconocer que, tras la publicación del Código Penal de 1995, ha quedado despenalizada la falsedad ideológica genérica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, cometida por particular (ver arts. 390.4.º y 392 del CP vigente), que en el Código derogado constituía, sin duda, una conducta penalmente típica (ver arts. 302.4.º y 303 del CP 1973); sin embargo –como acertadamente destaca la parte recurrente–, tras la entrada en vigor del nuevo texto legal, no han quedado despenalizadas todas las falsedades ideológicas cometidas por particulares, y así en el artículo 290 del nuevo Código Penal se considera penalmente típica la conducta de los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad «que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», si bien la penalización de tales conductas exige, además, que ello sea «de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma (sociedad), a alguno de sus socios, o a un tercero». De ello hay que concluir que pueden existir conductas falsarias, de falsedad ideológica, cometidas por particulares que deben considerarse penalmente punibles tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado (arts. 303 y 302.4.º), como bajo la vigencia del nuevo (art. 290). Mas, en todo caso, ha de destacarse también que este último tipo penal es más restrictivo que el derogado al exigir la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico, bien sea a la sociedad, a los socios o a un tercero; lo que, según la doctrina científica, exige un dolo de perjudicar que deberá ser directo y estar probado. En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, sea alterando los datos reales, sea ocultándolos; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.).

En el presente caso, el relato fáctico de la Sentencia recurrida pone de relieve cómo el cobro de los cheques reseñados en el mismo –que los acusados ingresaron en sus respectivas cuentas particulares– fueron contabilizados «como traspaso de efectivo de una sociedad a otra, movimiento que no se correspondía con la realidad»; pero, al propio tiempo, se consigna también expresamente que «no ha quedado acreditado que don Adolfo (...) y don Juan (...) (los acusados) llegaron a incorporar de forma definitiva a su propio patrimonio las cantidades de dinero a que hizo referencia...», por cuanto de la prueba practicada «no se infiere que estos ingresos (...) en las cuentas particulares de los acusados, así como la contabilización ficticia de estas operaciones, se hiciese a espaldas de los máximos responsables de

este grupo de empresas, (...) y que no se viniese realizando años atrás...»; por todo lo cual el Tribunal de instancia termina afirmando que en este contexto resultan verosímiles las versiones ofrecidas por los acusados para justificar el ingreso de los cheques en sus cuentas particulares, en el sentido de que de este modo se pretendía poner en práctica «un sistema de financiación del grupo de sociedades, conocido por todos...».

De cuanto queda expuesto se desprende que, en el presente caso, no consta ninguna actuación dolosa de los acusados idónea para causar perjuicio económico a las sociedades hoy recurrentes ni a terceras personas. Por tanto, hemos de concluir que la conducta descrita en el *factum* es penalmente atípica tras la vigencia del Código Penal de 1995 y que, por ello, debe estimarse ajustada a derecho la absolución de los acusados decretada por el Tribunal de instancia.

Al no ser posible apreciar la infracción legal que aquí se denuncia, procede la desestimación de este motivo.

(Sentencia de 14 julio 2000)

ARTÍCULO 307

Delito de defraudación a la Seguridad Social versus delito de estafa

Segundo. (...) La Sentencia recurrida absolvió por estimar que los hechos enjuiciados, que podrían encajar en el artículo 307 CP, en cuanto que hay una defraudación a la Seguridad Social por medio del disfrute indebido de deducciones, resultan atípicos por no alcanzar la cuantía de 15 millones de pesetas en tal norma exigida, al no existir una falta correlativa que sancionara como tal los mismos hechos pero de inferior cuantía.

Ha de rechazarse esta argumentación, sencillamente porque el delito del artículo 307 CP, lo mismo que el artículo 349 bis CP anterior introducido por LOPJ 6/1995, de 29 de junio, no se refiere a hechos como los contemplados en el caso presente: una defraudación a la Seguridad Social por haber simulado la condición de pensionista para obtener gratis unos medicamentos por los que en su condición de afiliado ordinario tenía que haber abonado unas determinadas cantidades. Ciertamente hubo una deducción indebida en base a tal simulación y que resultó defraudada la Seguridad Social (elementos exigidos en el mencionado art. 307); pero falta la nota específica que caracteriza precisamente al delito previsto en esta última norma: que esa defraudación (por cualquiera de los diversos medios de comisión que tal art. 307 concreta) se refiera a las cuotas que tal entidad pública tiene que percibir o a los demás conceptos que conjuntamente con esas cuotas se recaudan. Es decir, ha de cometerse esa defraudación dentro de la actividad recaudatoria de la Seguridad Social, con relación a lo que los empresarios tienen que pagar periódicamente en calidad de cuota patronal y de cuota obrera y demás abonos que se hacen conjuntamente con dichas cuotas. Se trata, en definitiva, de un delito de naturaleza similar al delito contra la Hacienda Pública del actual artículo 305 con el que comparte Título, el XIV del Libro II. Así lo dice la exposición de motivos de la mencionada LOPJ 6/1995, así se de-

duce claramente del propio texto del artículo 307 y así se ha expresado también esta Sala en el fundamento de derecho 51 de su Sentencia de 9 de octubre de 1997.

Tal y como dicen los dos recurrentes nos encontramos ante una estafa ordinaria que encaja en la definición del artículo 248.1 que, por su cuantía, no superior a 50.000 ptas., ha de considerarse falta del artículo 623.4.

Hubo engaño al establecimiento público expendedor de los medicamentos al haberse simulado, por medio de las correspondientes recetas falsas, la condición de pensionista, que produjo error en la persona que los despachó, lo que motivó un acto de disposición que perjudicó a la Seguridad Social.

Dadas las circunstancias del caso y la escasa cuantía de lo defraudado, habida cuenta, además, de que las falsedades documentales, que constituyeron el medio para la comisión de las estafas, se sancionaron por separado en la propia Sentencia recurrida, acordamos imponer la pena en el mínimo legal permitido.

(Sentencia de 25 enero 2000)

ARTÍCULO 308.1

La mendacidad desplegada para cobrar indebidamente el subsidio de desempleo constituye delito de estafa, ya que tal subsidio no puede considerarse como una disposición gratuita (subvención, desgravación o ayuda de la Administración ex art. 308), sino como una prestación social

Segundo. (...) De lo anterior se infiere que los recursos deben ser desestimados en tanto que no ostentan los recurrentes legitimación para interponer este recurso al haber aceptado mediante conformidad, obtenida con todas las garantías legales, la Sentencia dictada por la Sala sentenciadora, que recogió las penas ciertamente benévolas con las que el Ministerio Fiscal modificó su escrito al comienzo del juicio oral, haciendo innecesaria la continuación de éste. De otro lado, el problema planteado por los recurrentes, cual es la incardinación de los hechos enjuiciados, no en el tipo penal básico de la estafa, sino en el antiguo artículo 350 del CP 1973, hoy 308 del CP 1995, fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas del Estado, no se compadece bien con el tipo de fraude llevado a cabo que no puede calificarse de tal, por no ser propiamente ayudas las obtenidas torticeramente por los recurrentes, en el sentido de beneficios de todo orden con el que se trata de impulsar una política de intervención pública de la economía con el fin de estimular la realización de determinadas actuaciones económicas del sector privado de la economía nacional, dirigidas, en fin, a promover, orientar y dirigir dichas actividades económicas, por no encajar ni con el bien jurídico protegido en tal precepto, ni con las penas complementarias que necesariamente se han de imponer, ni con la excusa absolutoria relacionada con la regularización de actividades, ni con los principios que informan su concesión, cual son los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, por más que la modificación del concepto extrapenal

de tales ayudas, originada por la modificación de los artículos 81 y 82 de la Ley General Presupuestaria (como disposiciones gratuitas de fondos públicos realizados por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público), pueda entrañar ciertas dudas interpretativas (SSTS de 29-9-1997, 4-5-1998, 10-2-1995 y 21-3-1997). Lo cierto es que el concepto estricto del subsidio de desempleo no puede ser considerado como una disposición gratuita (como lo son sin duda las ayudas dimanantes de intereses preferenciales, descuentos en precios públicos, o ayudas de solidaridad por las pérdidas ocasionadas por alguna catástrofe, por poner solamente algunos ejemplos), sino como una prestación social, que se obtiene previa la contribución de ciertas cuotas, conforme a la regulación de la Seguridad Social, que por cierto no se traduce en prestación en caso de desempleo para todas las actividades laborales. Nuestra norma fundamental en su artículo 41 considera a estas retribuciones como prestaciones sociales, que deberán ser suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

De modo que sin entrar en el análisis de los recursos interpuestos, aunque se hayan dejado expuestas esas líneas interpretativas, a modo de *obiter dicta*, hemos de desestimar ambos recursos de casación, por falta de legitimación al haber aceptado los recurrentes la Sentencia dictada de conformidad, sin vulnerarse los límites de tal institución, conforme a la jurisprudencia de esta Sala que se deja transcrita más arriba.

(Sentencia de 17 noviembre 2000)

ARTÍCULO 311

Firma con inmigrante ilegal de "contrato de esclavo". Alcance del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo

Cuarto. Rechazados los recursos de los dos condenados, procede entrar en el estudio del interpuesto por el Ministerio Fiscal que tiene un sentido contrario ya que lo que se solicita es la condena a ambos recurrentes trabajadores como autores del delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo del artículo 499 bis.1.º del que fueron absueltos en la Sentencia.

El recurso aparece formalizado en un único motivo al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim por inaplicación del artículo 499 bis.1.º del Código Penal de 1973, y sin duda constituye el aspecto más importante del presente recurso de casación.

Para una mejor comprensión de los hechos, es preciso referirse, siquiera de forma resumida, a la parte de los hechos probados relacionados con el motivo formalizado por el Ministerio Fiscal.

Ambos recurrentes Rafael Ll. y José María M. traban conocimiento en Si-güenza con un ciudadano argelino, aduanero, al que le dan trabajo en la empresa de construcción «Construcciones y Reparaciones Llorente, S.L.» de la que ambos eran administradores solidarios, cobrando el correspondiente salario; a dicha per-

sona, Khaled M., se le denegó el asilo el 18 de octubre de 1995; ante esta situación y aconsejado por la Comisión Católica de Migración, Khaled se dirigió a Rafael Ll. y le solicitó un precontrato para acceder al permiso de trabajo y de residencia, suscribiéndose con éste un precontrato de prestación de servicios domésticos como interno, siendo el otro recurrente –José María M.– quien preparó toda la documentación que se entregó en la Delegación de Trabajo de Guadalajara. Seguidamente, Khaled M. entró a trabajar en la casa de Rafael Ll. que la compartía con José María M. El trabajo era de naturaleza doméstica, sin sujeción a horario fijo. El día 24 de diciembre de 1995 mientras Khaled estaba trabajando de la forma expresada, José María M. O. le mostró un documento y le indicó que lo firmase, en el que se acordaba la aceptación como esclavo de Khaled M. para la empresa Construcciones y Reparaciones Llorente, S.L., siendo a partir de entonces el trato dado a Khaled vejatorio, llamándole esclavo.

Con fecha 4 de marzo de 1996 por la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales se desestima la solicitud del permiso de trabajo, lo que se notificó a Rafael Ll. y éste a Khaled, tras lo cual éste decidió no volver a la vivienda donde residían los acusados. José María M. retuvo la documentación de Khaled hasta tanto no le abonara los honorarios como abogado por la tramitación del permiso de trabajo, ascendentes a 17.400 ptas., que le fueron satisfechas finalmente.

La Sala sentenciadora, en el primero de los fundamentos jurídicos, niega que los hechos descritos puedan constituir un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 499 bis.1.º del Código Penal de 1973 en base a los siguientes argumentos:

a) El tipo penal, protege no tanto al trabajador en cuanto tal sino como integrante del mercado de trabajo, siendo por ello el bien jurídico protegido la seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y las demás condiciones del trabajo, ahora bien, como el tipo penal se refiere a los derechos de los trabajadores «... que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales...», tratándose de un extranjero en situación ilegal, por definición quedaría fuera de tales derechos. Se afirma en la Sentencia que el artículo 10.1.º de la Constitución delimita un mínimo de derechos del que es titular el ser humano, pero se añade que queda «fuera de ese mínimo el derecho al trabajo», lo que no es óbice para que puedan surgir otros tipos delictivos como estafa, amenazas, coacciones o lesiones, etcétera.

b) Un segundo argumento para la no aplicación del tipo penal citado estriba en la relación que presentaba el inmigrante, estimando que en la misma no se daban las notas que caracterizan la relación laboral en cuanto productividad, ajenidad y libertad, y ello porque el propio Khaled manifestó que trabajaba por horas siendo así que en el precontrato suscrito se dijo que era en el servicio doméstico como interno, incluso habiendo empezado a trabajar antes de suscribir el precontrato. En relación al «contrato de esclavo», se estima por la Sala que no tiene relación causa a efecto con el trabajo que prestaba, pues fue firmado después, tras la solicitud del permiso de trabajo y cuando ya trabajaba interno, documento que Khaled pensó que era una broma, haciendo hincapié la Sala en su nivel cultural –era aduanero en su país–, así como que estaba en España desde agosto de 1992, y que finalmente se marchó de la casa cuando tiene conocimiento de haberle sido denegado el permiso de trabajo, todo lo cual le lleva a estimar la inexistencia de maquinaciones o procedimientos maliciosos como exige el tipo penal.

c) Califica la relación entre los acusados y Khaled como de agradecimiento, de una prestación realizada por razón de amistad, benevolencia o buena vecindad, en los términos del apartado d) del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. En esta línea se añade que aunque pudiera existir un cierto abuso o aprovechamiento de ese agradecimiento, no puede estimarse que hubiese maquinación alguna a deducir del «contrato de esclavo», ya que no fue impedimento para que conocedor de la denegación de la petición, dejara la vivienda en la que «también satisfacía necesidades básicas como la alimentación».

Ya desde este momento hemos de adelantar que la Sala no comparte en absoluto los razonamientos de la Sentencia recurrida que llevaron a la absolución del delito del artículo 499 bis 1.º del Código Penal de 1973, y que por ello, el recurso del Ministerio Fiscal va a prosperar.

El punto esencial de la disidencia se encuentra en lo que sin duda es el que vertebra toda la argumentación de la Sentencia recurrida: la afirmación de que los inmigrantes ilegales, no tienen derecho al trabajo y por lo tanto no pueden ser víctimas de maquinaciones o procedimientos que les perjudiquen en sus derechos laborales porque ya están excluidos de ellos por su condición de ilegal. Así expresado el argumento constituye toda una invitación a los empleadores a la contratación de emigrantes ilegales en cualesquiera condiciones porque no están sujetos a ninguna normativa.

Este razonamiento es claramente incompatible con la afirmación que como pósito inicia la Constitución en su artículo 1 cuando califica el Estado de «social», y es que el abordaje del artículo 499 bis del anterior Código Penal, equivalente al actual artículo 311 del vigente Código debe efectuarse desde una perspectiva constitucional en la medida que el llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que como Khaled carece de permiso de trabajo y de residencia en España, no está incluido en el artículo 35 de la Constitución que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, pero como bien se razona por el Ministerio Fiscal en la formalización del recurso, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal.

Por tanto cuando un particular, de forma consciente y voluntaria, contrata a un inmigrante ilegal, no por ello puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana, como hacerle firmar el «contrato de esclavo», documento obrante al folio 28, cuya sola lectura produce sonrojo, y menos tratar de convertirlo en «broma» cuando el firmante lo acepta porque quería a toda costa legalizar la situación, sometándose a esa calificación y el trato subsiguiente –reflejado en el *factum*– así como el trabajar sin cobrar, sólo por la alimentación –declaración en sede judicial de Khaled al folio 335– ratificada en el Plenario con expresiones que eximen todo comentario «... permanecía en casa trabajando sin cobrar, empezó a hacerlo para que no le rompieran sus papeles y tuviese que marcharse...», «... en cuanto al contrato de esclavo, después de firmarlo, le trataron de

convencer que era esclavo, que esto se lo hacía O., le decía que tenía que responderle “mi amo” cuando le dijera “esclavo”, él no se lo decía pero lo hacía (*sic*), estaba esperando a los papeles...». «... Que a él le han humillado...». «... La palabra “esclavo” la desconocía, nadie le dijo que podía ser una broma o juego...».

La tesis de la Sentencia de estimar sólo sujeto pasivo del delito del artículo 499 bis 1.º al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social porque como ya se ha dicho el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que como la dignidad –art. 10 de la Constitución– no conocen fronteras.

Esta misma Sala, en Sentencia de 12 de abril de 1991 estimó aplicable el artículo 499 bis a situaciones de contratos con causa ilícita –a la sazón se trataba de una relación laboral con una prostituta– por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que «... de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección...».

Aclarado que el artículo 499 del Código Penal de 1973, como ya dijo la Sentencia citada, protege toda relación de prestación de servicios, abstracción hecha de que el contrato de trabajo sea válido o nulo, y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal –el vigente Código Penal ya lo reconoce expresamente en el art. 312.2.º– sólo resta comprobar la realidad de las maquinaciones o procedimientos que exige el tipo.

Al respecto ya se ha hecho referencia al contrato de «esclavo» y al trato humillante a que fue sometido –reconocido en el *factum*–, así como al trabajo doméstico efectuado durante unos tres meses aproximadamente sin cobrar, sólo por la manutención, situación soportada sólo por el deseo de Khaled de obtener el permiso de residencia, por eso cuando se le deniega por la Administración, corta esta situación, lo que lejos de poder interpretarse como voluntariamente aceptada *ex ante* –como parece sugerir la Sala de instancia–, pone de manifiesto la aceptación forzada de la situación discriminatoria y vejatoria por el exclusivo fin de obtener la documentación, situación que se confirma más si cabe con la antijurídica retención de su documentación personal a pretexto de honorarios debidos como letrado a José María M., en relación a la solicitud de permiso de residencia, que, además, no tenía tal condición letrada.

En definitiva, por maquinación o procedimiento malicioso del tipo penal ha de entenderse cualquier situación de abuso que evidencie una explotación del empleador por el empleado, siendo por tanto, como afirma la Sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/2489) una expresión amplia y abierta en la que sin duda tiene cabida la situación enjuiciada.

Procede en consecuencia estimar la existencia del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo previsto y penado en el artículo 499 bis 1.º del Código Penal de 1973, delito del que son autores ambos recurrentes José María M. y Rafael Ll. pues ambos, conjuntamente, crearon las condiciones en las que se realizó el trabajo de Khaled M., y ambos se aprovecharon de la situación en que éste se encontraba.

En conclusión procede la estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 30 junio 2000)

ARTÍCULO 316

No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas: bien jurídico protegido y elementos del tipo del delito contra los derechos de los trabajadores. Relevancia de la inexistencia de plan individualizado de prevención de riesgos

Primero. Formula un único motivo de casación por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, acusando violación por inaplicación del artículo 316 CP, «en concurso ideal con el artículo 142 del mismo Cuerpo Legal». La sustancia argumental del motivo se expresa en su desarrollo aduciendo que el plan de prevención existente en la Empresa, «las medidas que el mismo contemplaba, eran insuficientes para proteger la salud y la vida de los trabajadores, así como que existían en otras máquinas similares a las manejadas por el difunto medidas de seguridad mayores a las dispuestas en la manejada por éste; y que en todos los casos existían un grave riesgo de cortes en distintas partes del cuerpo, a pesar de lo cual solamente se protegía las manos y los pies de los trabajadores con guantes y botas». El Ministerio Fiscal, que en sus conclusiones definitivas pidió la libre absolución de los acusados, en su escrito de instrucción del recurso de casación apoya parcialmente el motivo.

El Tribunal provincial, fundamento de derecho primero, desestima la calificación pretendida argumentando la existencia de «un Plan adecuado de riesgos», añadiendo: «otra cosa (...) es que, en este caso concreto, las mismas (medidas necesarias) hayan resultado insuficientes, y no se previeran las correspondientes en el Plan, dada la también previsible, del presente supuesto, calificable jurídica y penalmente en otro sentido».

Segundo. El propio planteamiento del motivo conlleva su desestimación.

En efecto, si lo que se pretende es la aplicación del tipo doloso, artículo 316 CP, cuyo ámbito de protección abarca la seguridad e higiene en el trabajo como deber inexcusable de los «legalmente obligados a ello» en el marco empresarial, lo cierto es que la insuficiencia de las medidas adoptadas, fruto de la falta de previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, configura en principio el tipo de comisión por imprudencia previsto a continuación por el legislador de 1995 en el artículo 317 CP, precisamente añadido para evitar la posible falta de tipicidad de la imprudencia habida cuenta su nuevo sistema de incriminación [en el texto precedente inmediato, antiguo artículo 348 bis a), se venía admitiendo la comisión culposa].

Reducidos los dispersos tipos anteriores relativos a la protección de los trabajadores –Decreto-ley 15-2-1952, Ley de 15-11-1971, que introduce en el CP el artículo 499 bis, vigente hasta la entrada en vigor del nuevo Código, Ley Orgánica 8/1983, de 25-6, que añade el artículo 348 bis a), antecedente inmediato del 316 (...) – a unidad sistemática bajo la rúbrica autónoma del actual Título XV del Libro II, «delitos contra los derechos de los trabajadores», ello pone de relieve la autonomía del bien jurídico protegido, debiendo subrayarse su dimensión de protección individual de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores en la CE (arts. 35 y 40), frente a la tesis configuradora de protección del orden socioeconómico.

Pues bien, dentro de dicho marco general, el régimen penal de protección alcanza a distintos bienes específicos, entre ellos, la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 316 y 317 NCP, en relación con el artículo 40.2 CE), describiéndose dos tipos, doloso y por imprudencia grave, en forma omisiva, constituyendo infracciones de peligro concreto, que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores, que alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (art. 77 CP). También se trata de una norma penal en blanco que se remite genéricamente a «las normas de prevención de riesgos laborales», especialmente, pero no sólo, a la Ley 31/1995, de 8-11, de Prevención de Riesgos Laborales, sino a todas las dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico. El contenido de la omisión se refiere a «no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», lo que equivale también a una norma penal incompleta e indeterminada que ha de llenarse según el caso y sus circunstancias, es decir, empíricamente, estableciéndose una suerte de relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física.

Es cierto que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14.2 Ley 31/1995). Debe tenerse en cuenta, por último, que el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo.

Tercero. En el hecho probado se afirma que «existe un Plan de prevención de riesgos en la Empresa, y están estudiados sus distintas máquinas y el riesgo que cada una produce, y en la referida, se adoptaron las medidas de seguridad, tanto de parada del eje, salida del operario de la cabina, y precauciones del vertido del mismo, que se han indicado, las que han sido suficientes en unos 22 años, en que venía funcionando, en que no se había producido ningún accidente. No obstante, en otras cizallas similares que trabajan en la misma factoría, se habían adoptado mayores precauciones, para evitar los cortes del fleje sobrante a los operarios que lo manejan, como el enhebrado automático al rodillo, evitando la entrada del operario en la cabina, mientras funciona el mismo, y este sistema se ha adoptado en la cizalla siete, después del accidente de que aquí se trata...».

La sustancia fáctica antecedente permite deducir la existencia de un plan de prevención de riesgos laborales individualizado, y siendo ello así no es posible reconocer la presencia del dolo de peligro por parte de los acusados, garantes del desarrollo del trabajo por los operarios en condiciones adecuadas de seguridad e higiene, sino la falta de previsión de la integridad del riesgo, habiendo omitido el agotamiento de las medidas previstas, que sólo después de los hechos enjuiciados se ha incorporado al mecanismo productor de aquél, pero sin olvidar la individualización previa referida en el Plan que resta contundencia a los términos com-

parativos de la argumentación de los recurrentes, calificándose como leve la imprudencia por el Tribunal *a quo*, fundamento jurídico primero de la Sentencia, párrafo tercero, cuyos argumentos deben ser ratificados, lo que desplaza también la aplicación del artículo 317 CP, con independencia de la falta de acusación por el mismo de los hoy recurrentes.

(Sentencia de 26 julio 2000)

ARTÍCULO 325

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente: norma penal en blanco. Elementos típicos: vertidos directos e indirectos. Delito de peligro

Séptimo. (...) En cuanto al primer reproche, ha de significarse que, contra las reticencias que ha suscitado la técnica legislativa de las leyes penales en blanco por mor de su posible incompatibilidad con las garantías que establecen los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha solventado el problema al otorgar plena validez a este tipo de normas penales, señalando que es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas Leyes penales en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza (véase STC de 5 de julio de 1990). Este mismo criterio se reitera por el Alto Tribunal al ratificar la constitucionalidad del artículo 347 bis CP 1973 (inmediato precedente del art. 325 CP vigente y de idéntica estructura jurídico-penal), subrayando que el precepto reúne los requisitos de *lex previa, certa y scripta* exigidos por la Constitución, puesto que allí se formula una remisión expresa y completa a normas específicas y se define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para completar el tipo a la circunstancia de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente (véase STC de 28 de febrero de 1994).

Y, partiendo de esta doctrina, este Tribunal Supremo ha declarado que la falta de invocación por la parte acusadora de la disposición administrativa vulnerada no quebranta el derecho de defensa del acusado –derivado de una imputación desconocida–, toda vez que «nuestro sistema procesal penal se funda, como todos los europeos de nuestra área cultural, en el principio de la acusación penal por el hecho, reservando al órgano judicial la aplicación normativa o del derecho» (STS de 1 de febrero de 1997).

Es cierto que la contravención de «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente» constituye el elemento normativo del tipo penal y que en cualquier caso resulta deseable la concreción por parte de la acu-

sación de la norma vulnerada, pero, a los efectos de la integración del hecho en el tipo delictivo, lo que se requiere es la constatación de la existencia de la disposición protectora del medio ambiente vulnerada por la conducta del acusado, y esta función corresponde al juzgador como encargado de la aplicación del derecho, según ha quedado dicho, en aplicación de los principios *da mihi factum, dato tibi ius y iura novit curia*.

Octavo. Porque, en efecto, la disposición administrativa protectora del medio ambiente que ha sido violentada por la acción del acusado, existe. Se trata de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y concretamente de sus artículos 56 y siguientes, que prohíben los vertidos, tanto líquidos como sólidos cualquiera que sea el bien de dominio público marítimo-terrestre en que se realicen (art. 56), requiriéndose autorización de la Administración competente para todos los vertidos (art. 57.1), extremándose los requisitos a cumplimentar en el caso de vertidos contaminantes, de los que específicamente se prohíbe la emisión o vertido de las sustancias que puedan comportar un peligro o perjuicio superior al admisible para la salud pública y el medio natural (art. 57.2) y estableciendo las condiciones a incluir en las autorizaciones de los vertidos (art. 58).

Trata el recurrente de sortear la aplicabilidad de esta disposición como integradora del tipo penal aduciendo que la Ley de Costas prohíbe exclusivamente los vertidos directos, pero no los indirectos, señalando que en el caso presente «realizar un vertido a un colector que desagua en una ría» constituiría un vertido indirecto no prohibido por la mencionada Ley. Pero esta alegación no puede ser acogida: en primer lugar porque la norma no contiene la distinción que cita el recurrente; en ninguno de los preceptos que regulan esta materia se diferencia entre vertidos directos o indirectos y, por consiguiente, donde la ley no distingue no se puede distinguir. En segundo término, porque la evacuación de ocho toneladas de sustancia contaminante de las aguas y zona marítimo-terrestre, efectuada en un colector ubicado a 40 metros de la ría no cabe ser considerado como un vertido indirecto cuando ese colector, tras tan escasa distancia, desemboca directamente en la zona de dominio público, pero, sobre todo, teniendo en cuenta que las propias aguas invaden el colector cuando tiene lugar la pleamar, siendo esa misma agua el vehículo que, al retirarse en bajamar, arrastra la sustancia a la zona de marisqueo provocando el daño; y, por fin, porque la solicitud de autorización efectuada por el acusado a las autoridades municipales –acreditada en la causa y admitida por el acusado–, ponen de manifiesto la consciencia por parte de éste de la ilegalidad del vertido sin la correspondiente licencia autorizante y la consecuente contravención de la norma.

El motivo debe ser desestimado.

Noveno. Este último argumento sería suficiente para justificar la desestimación del motivo que se formula al amparo del artículo 849.1.º LECrim y en el que se denuncia la indebida inaplicación del artículo 331 CP, al entender el recurrente que se trataría de un hecho cometido por imprudencia grave.

El obligado respeto a los hechos probados de la Sentencia que exige la vía casacional elegida ponen de relieve de manera palmaria una acción no imprudente sino claramente dolosa. Estamos ante un profesional, conocedor de la carga transportada, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla, que ordena a su empleado el vertido de dicho cargamento en el lugar concreto y determinado donde, efectivamente, se realizó, a tan sólo cuarenta metros de la ría que constituye el hábitat de la fauna marina que resultó afectada y, como se dijo, conocedor de la ne-

cesidad de autorización administrativa. Estos datos permiten deducir una conducta premeditada e intencional incompatible con la imprudencia, pues el acusado sabía sin duda lo que hacía y quiso hacer lo que hizo.

El delito contra el medio ambiente que se sanciona en el artículo 325 CP es un delito de peligro concreto que se consume por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones establecidas en el tipo, sin que sea necesaria para que tenga lugar la efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, puesto que, en este caso, estaremos ante un delito de lesión que se castigará separadamente (véanse SSTs de 22 de septiembre de 1993, 26 de septiembre de 1994 y 19 de mayo de 1999).

En el supuesto que examinamos, la acción que constituye la conducta típica ha sido ejecutada por el acusado de manera deliberada y de propósito; y el resultado requerido por el tipo —el riesgo—, se encuentra causalmente vinculado con dicha acción, que es la que genera el peligro concreto producido, resultado que, como sucede en la generalidad de las veces, debe serle atribuido al autor del hecho a título de dolo eventual, pues si de las circunstancias concurrentes no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades, y, pese a ello, ejecuta la acción.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 13 marzo 2000)

ARTÍCULO 335

Delitos relativos a la protección de flora y fauna: problemas de constitucionalidad en cuanto no contiene exigencia de lesión o puesta en peligro de bien jurídico protegido ni cumple exigencia de lex certa. Problemática de leyes penales en blanco

Primero. La Sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito del artículo 335 del Código Penal, por cazar dos jilgueros, «especie para cuya captura en dicha localidad (Provincia de Almería) se precisa la oportuna licencia administrativa de la Junta de Andalucía, licencia o permiso del que carecía el referido acusado», según señala expresamente la Sentencia en los hechos probados. En los fundamentos jurídicos, con valor complementario del relato fáctico, se añade que el acusado lleva unos tres años cazando jilgueros para canto y cría, y que para desarrollar dicha actividad posee la correspondiente licencia o autorización especial, aunque limitada a la Comunidad de Murcia y no extensible a la Provincia limítrofe de Almería, en la que se encontraba cazando cuando fue sorprendido por los agentes forestales que efectuaron la denuncia.

Segundo. El recurso de casación interpuesto se articula por dos motivos, uno por infracción de preceptos constitucionales y otro por infracción de ley, que se encuentran íntimamente relacionados por lo que se analizarán conjuntamente. En el primero de ellos, por infracción del derecho constitucional a la presunción de

inocencia, se niega la existencia de prueba de cargo sobre uno de los elementos del tipo, concretamente que no esté expresamente autorizada la caza o pesca de la especie capturada por las normas específicas en la materia, pues el propio acusado dispone de autorización para ello otorgada por la Comunidad Autónoma de Murcia, y aporta otra autorización otorgada por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía en favor de un colega suyo. Dado que no es jurídicamente admisible que las Autoridades Administrativas otorguen dichas licencias careciendo de la debida cobertura normativa, es necesario concluir que dicha caza está expresamente autorizada por las normas específicas en la materia, precisando únicamente obtener la licencia administrativa para ello, es decir que no se trata de una actividad «no autorizada» como previene el tipo legal sino de una actividad precisada de licencia.

El segundo motivo, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 335 del Código Penal, al señalar que este tipo penal únicamente puede ser aplicado en aquellos supuestos en que exista una prohibición absoluta de cazar o pescar una determinada especie, pero no en supuestos como el presente de falta de autorización personal, es decir, que si la caza de la especie está autorizada genéricamente para quienes interesen y obtengan el permiso administrativo correspondiente, la falta de autorización individualizada, no integra el tipo penal sino que constituye una mera infracción administrativa.

Tercero. El delito prevenido en el artículo 335 del Código Penal castiga a quien «cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia». Las especies indicadas en el artículo anterior son tanto las que se encuentren en peligro de extinción (art. 334.2.º), como aquellas que no estando en dicho peligro, se encuentran por algún motivo amenazadas (art. 334.1.º). En consecuencia la redacción completa del tipo, integrando la remisión al precepto anterior, sanciona al «que cace o pesque especies que no se encuentran catalogadas en peligro de extinción ni tampoco amenazadas, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia». Dado que la acción de cazar es neutra y el objeto sobre el que se ejerce no expresa una específica necesidad de tutela que dote a dicha acción en estos supuestos de un contenido efectivo de antijuridicidad material (especies que no se encuentran amenazadas ni en peligro de extinción), resulta explicable que hayan surgido fundadas dudas sobre la constitucionalidad del precepto pues el tipo penal no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», desplazándose íntegramente la calificación como delictiva de la conducta a la normativa administrativa, que en este supuesto no cumple la función accesoria de delimitar o complementar el tipo delictivo sino que lo fundamenta y define en su totalidad.

Cuarto. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tipos penales parcialmente en blanco (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996 y 120/1998) ha admitido la constitucionalidad de aquellos tipos penales en los que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en el tipo, debiendo acudir, para su integración, a una norma distinta, pero esta constitucionalidad exige el respeto de tres requisitos: 1.º) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2.º) que la Ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y 3.º) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir (SSTC 122/1987, 127/1990 y 120/1998), «que se dé la sufi-

ciente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada».

Aplicando esta doctrina constitucional al tipo delictivo definido en el artículo 335 se advierten las dificultades existentes para superar los mínimos exigibles para la constitucionalidad del precepto. En primer lugar cabe afirmar que el tipo, tal y como se define en el Código Penal, no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», pues se limita a sancionar genéricamente una acción que en sí misma es neutra, sin contenido efectivo de antijuridicidad material, «cazar», en aquellos casos en que recae sobre un objeto también neutro, es decir que no reclama unas específicas necesidades de tutela, «especies animales que ni están en peligro de extinción ni tampoco amenazadas».

El tipo descrito en el Código no contiene tampoco una específica exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la biodiversidad) que pudiese servir para concretar el núcleo esencial de la prohibición penal en función de aquellas conductas que en el ámbito de las acciones genéricamente descritas, afecten de modo relevante al bien jurídico tutelado. Esta específica referencia a la exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido constituye una técnica normalmente utilizada por el legislador penal para acotar en un determinado ámbito de actividad aquellos comportamientos más graves, merecedores por ello de represión penal, cargando de antijuridicidad material la acción definida como típica. Así por ejemplo, en el artículo 325 (delito ecológico) que exige que los comportamientos penalmente sancionados no sólo vulneren la normativa general protectora del medio ambiente sino que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», en el artículo 364.2.1.º (delitos contra la salud pública en el ámbito alimenticio), que exige que las sustancias no permitidas que se administren a los animales «generen riesgo para la salud de las personas», o bien, dentro del mismo capítulo de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, en el artículo 333, que exige que la conducta típica, además de contravenir las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, «perjudique el equilibrio ecológico».

En el supuesto del artículo 335 ni por la vía de la descripción de la acción ni por la de la delimitación de su objeto ni por la referencia a la afectación relevante del bien jurídico protegido, cabe estimar que se contenga en el tipo «núcleo esencial de la prohibición». En consecuencia la definición de la acción típica queda íntegramente remitida a la normativa administrativa, que no se limita a complementar o delimitar el tipo delictivo, sino que lo fundamenta y define de modo prácticamente autónomo: constituirá delito la captura de un solo ejemplar de cualquier especie animal que ni esté amenazada ni en peligro de extinción, sólo porque la Comunidad Autónoma competente no ha dictado una norma que autorice su caza o pesca de modo expreso, con total independencia de que la acción enjuiciada sea absolutamente irrelevante desde la perspectiva del bien jurídico penalmente protegido en el capítulo delictivo en el que se integra el tipo penal analizado. Obsérvese que el objeto material del tipo ni siquiera queda acotado, como en el artículo anterior, por una específica referencia a la fauna «silvestre».

Pues bien, en esta materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con claridad meridiana (STC 120/1998, de 15 de junio): «La reserva de ley que exige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan re-

misiones a los Reglamentos Administrativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 62/1994, 102/1994 y 24/1996), pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes (SSTC 42/1987 y 219/1991).

Quinto. En segundo lugar cabe también dudar de que el tipo delictivo definido en el artículo 335 del Código Penal cumpla satisfactoriamente la exigencia de certeza, es decir, que esté dotado de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la normativa administrativa a que la ley penal se remite, salvaguardando la función de garantía del tipo y la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. Dada la enorme pluralidad de especies animales existentes, y la práctica imposibilidad de elaborar un catálogo exhaustivo de especies cuya caza o captura se encuentre autorizada, la elaboración de los actuales listados administrativos, limitados a determinadas especies de interés cinegético o de carácter fluvial, puesta en consonancia con la anómala técnica utilizada de sancionar como delictivo todo lo que no esté expresamente permitido, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, que, en la literalidad de la norma, podría calificar como delictiva la eliminación de insectos, por muy dañinos que fuesen, la caza de cualquier clase de roedores, o incluso la pesca marítima, dado que los catálogos de especies de pesca autorizadas se limitan a la pesca en aguas continentales (ver art. 33 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, Anexos I y II del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección y Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995, que atribuye la competencia en esta materia a las Comunidades Autónomas).

Es cierto que en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se aprecian notables esfuerzos para restringir racionalmente el desmesurado ámbito literal de aplicación del precepto, excluyendo aquellos supuestos-límite que conducen al absurdo, bien restringiendo las acciones de «cazar o pescar» a los ámbitos cinegéticos o recreativos tradicionales o bien limitando el objeto a aquellas especies cuya captura está reglamentada administrativamente. Ahora bien, sin entrar en este momento en mayores consideraciones acerca de la fundamentación y posibles consecuencias de estas interpretaciones, es lo cierto que en cuanto introducen restricciones que no se derivan del tipo y que, en consecuencia, carecen de la necesaria precisión y quedan al arbitrio de la interpretación casuística, no alcanzan a eliminar el enorme grado de inseguridad generado por la redacción del precepto, pues los límites de lo delictivo deben encontrarse debidamente precisados, con la suficiente concreción, en la propia norma legal.

Por último, no puede ignorarse que la técnica de tipificación utilizada, sancionando como delictiva toda acción de caza o pesca que tenga por objeto una especie animal cuya captura no esté «expresamente autorizada» por la normativa administrativa aun cuando tampoco esté «expresamente prohibida», constituye una técnica difícilmente compatible con el principio de legalidad, que exige que el ámbito de lo delictivo se concrete a las conductas «expresamente prohibidas» (principio *pro libertate*) y no a todo aquello que, sin estar prohibido, simplemente no está «expresamente» permitido.

Sexto. Por lo expuesto cabe poner en duda la constitucionalidad del precepto, lo que conlleva el análisis de la procedencia de formular la oportuna cuestión de constitucionalidad. Como dispone el artículo 5.4.º de la LOPJ dicha cuestión debe plantearse cuando un Órgano Jurisdiccional considere que puede ser contraria a la Constitución una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo. Dado que la parte recurrente denuncia, como veremos con razón, infracción de ley por indebida aplicación al caso del artículo 335 del Código Penal, lo cierto es que en el supuesto actual el fallo del presente recurso de casación no va a depender de la validez constitucional del referido precepto, en el que no resulta subsumible en realidad el hecho declarado probado, por lo que legalmente no es procedente formular cuestión de constitucionalidad, sin perjuicio de que pudiese plantearse en otro supuesto similar, por éste u otro órgano jurisdiccional.

Séptimo. El hecho declarado probado consiste en la captura de dos jilgueros en un bosque de la Provincia de Almería por una persona que se dedicaba autorizadamente a la caza de dichas aves para canto y cría, y que disponía de un permiso especial otorgado por la Comunidad Autónoma de Murcia, que no era extensible a la Provincia limítrofe de Almería.

La conducta así descrita no resulta subsumible en el artículo 335 del Código Penal que sanciona la caza o pesca de especies no autorizadas, pero no la caza de especies autorizadas en lugares, momentos, cantidad o modo no permitidos, comportamientos estos últimos que pueden ser sancionados administrativamente, pero que no se incluyen en el tipo penal, pues éste no puede aplicarse a casos distintos de los comprendidos expresamente en el mismo (art. 4.1 del Código Penal de 1995).

Sin entrar en un innecesario análisis de la normativa administrativa, estatal y autonómica, y ciñéndonos al hecho probado y a lo expresado en los fundamentos jurídicos de la Sentencia impugnada con valor complementario del relato fáctico, es lo cierto que lo que se imputa al acusado no es la caza de una especie cuya captura no está expresamente autorizada por la normativa específica en la materia, que es lo que concretamente sanciona el tipo delictivo objeto de acusación, sino únicamente dar caza a dos ejemplares de una especie «para cuya captura se precisa la oportuna licencia administrativa de la Junta de Andalucía, licencia o permiso de la que carecía el acusado», es decir, que la conducta acreditada consiste en carecer del oportuno permiso administrativo, o más bien, en cazar fuera de los límites administrativos de la Comunidad Autónoma que había otorgado la autorización especial.

La captura de un ejemplar en una especie cuya caza está autorizada previa licencia o permiso especial, careciendo del mismo o fuera de los límites geográficos, temporales o cuantitativos administrativamente establecidos, constituye una infracción administrativa, pero no se integra en el artículo 335 del Código Penal, pues éste concreta su prohibición a la caza o pesca de especies no expresamente autorizadas, y no puede extenderse a otros supuestos distintos no comprendidos expresamente en el mismo. (art. 4.1.º Código Penal de 1995).

Declarándose probado en la Sentencia impugnada que en el caso actual la caza de la especie capturada por el acusado sí está autorizada, requiriendo únicamente disponer del oportuno permiso, con el que contaba el acusado para la Comunidad de Murcia y otros colegas suyos para la Comunidad Andaluza, la conducta enjuiciada no es subsumible en el tipo delictivo objeto de acusación.

Examinadas las actuaciones consta, en efecto, que el acusado disponía de autorización especial para la captura en vivo de aves fringílicas para canto, otorgada conforme al artículo 75 de la Ley 7/1995, de 21 de abril, por la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Murcia; autorización en la que figuran expresamente como «especies autorizadas», el jilguero y el pardillo, con un máximo de capturas por cazador y día de seis ejemplares, entre las dos especies autorizadas. Asimismo se aportó en el acto del juicio oral, y fue admitida expresamente como prueba documental, tarjeta de autorización otorgada a otro colega del recurrente, también dedicado a la cría de aves cantoras, por la Junta de Andalucía para el año 1997, que autoriza la captura de aves fringílicas, y en la que figuran especialmente como «especies autorizadas» el jilguero y el pardillo, con un cupo máximo de captura de cinco ejemplares diarios. Se trata en consecuencia de especies cuya caza está autorizada, si bien sometida a un régimen especial de permisos y limitaciones, por lo que no concurre el elemento esencial definidor del tipo.

Debe, en consecuencia, ser estimado el motivo de recurso interpuesto por infracción de ley que denuncia por el cauce del artículo 849.1.º de la LECrim la indebida aplicación al caso del artículo 335 del Código Penal.

Octavo. No se desconoce que la protección jurídica del medio ambiente, de los recursos naturales, la flora, la fauna y la biodiversidad constituyen una necesidad universalmente reconocida, y que la relevancia del bien jurídico protegido así como la gravedad de los ataques de que es objeto, justifican plenamente la tutela penal. Pero por relevante que sea el objeto de protección penal no cabe desconocer los principios elementales de un Estado Social y Democrático de Derecho, que impiden la utilización de tipos penales carentes de la mínima precisión garantizadora del principio de certeza y prohíben, en su aplicación, la analogía *in malam partem*. Un buen objetivo, la tutela del medio ambiente y de la biodiversidad, no puede obtenerse a través de un mal procedimiento, vulnerando derechos y garantías fundamentales que constituyen la base del sistema democrático de justicia penal.

(Sentencia de 8 febrero 2000)

ARTÍCULO 351

Incendio que no produce ningún peligro real: simples daños

Segundo. El recurrente parece entender que el legislador de 1995, al sustituir «la casuística y desordenada tipificación del delito de incendio» –Sentencia 21-12-1984– por un solo tipo delictivo, el del artículo 351 CP vigente, que abarca toda conducta criminal de esta naturaleza que no afecte a zonas de vegetación, ha modificado la naturaleza que clásicamente se atribuyó al delito de incendio. La piedra angular de la argumentación del recurrente está, en efecto, en el hecho indudable de que el actual artículo 351 CP exige, para la integración del delito, que éste «comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas», así como en la hipótesis de que este elemento de riesgo no formaba parte de los de-

litos de incendio que describía el CP derogado, y concretamente el artículo 548 de aquel Texto en el que subsume la Sentencia recurrida los hechos declarados probados, por lo que, descartándose en éstos que el acusado crease en la ocasión de autos un peligro real, llega el recurrente a la conclusión de que una aplicación retroactiva de la normativa vigente no hubiese permitido la subsunción de los hechos en el artículo 351 CP y hubiese obligado a considerarlos constitutivos del delito de daños previsto en el artículo 263, lo que evidentemente resultaba más favorable para el acusado que la aplicación del artículo 548 CP 1973. A este razonamiento debe oponerse, sin embargo, que el delito de incendio, en general, fue siempre definido por la jurisprudencia como delito de peligro abstracto, no de mera actividad sino de resultado porque es el resultado de la acción, la producción del incendio, lo que la convierte en peligrosa –STS de 13-7-1990 y Auto 5-12-1995–, o bien como delito mixto de peligro y lesión –Sentencia de 23-12-1996– lo que se subraya en alguna resolución, como la de 27-3-1996, señalándose que la producción del peligro debe estar cubierta por el elemento subjetivo del tipo, es decir, por el dolo, al menos eventual, del autor. Es más, el delito de incendio previsto en el artículo 548 CP 1973, que es el apreciado en la Sentencia recurrida, era un tipo de riesgo al mismo tiempo abstracto y concreto: abstracto, porque todo incendio encierra, por su propia naturaleza, un peligro de propagación siendo, en principio, las consecuencias de ésta difícilmente susceptibles de control; concreto, porque si en el edificio, alquería, etc., incendiados se hallaban una o más personas, la vida o integridad física de éstas estaba afectada por un peligro determinado y cierto. Quiere esto decir, ante todo, que el elemento objetivo del peligro para la vida o integridad física de las personas, exigido por el artículo 351 CP vigente, aunque no en términos que induzcan a pensar que el peligro no pueda ser abstracto, apenas ha añadido cosa alguna a la estructura típica del delito antes previsto en el artículo 548 CP 1973 y, consiguientemente, que el primero de los preceptos mencionados no es, por ello, más favorable que el segundo en razón de los elementos que son necesarios para la integración del tipo, por lo que no estaría justificada la aplicación retroactiva del primero. Ahora bien, lo que no cabe desconocer es que habiéndose incardinado los hechos, en la Sentencia recurrida, en un tipo delictivo –el del art. 548 CP 1973– que sólo se realizaba en tanto el incendio comportaba un peligro para la vida o integridad física de las personas que se hallaban en el edificio, y en tanto el peligro era querido o aceptado por el autor, la declaración de hechos probados y el primer fundamento de derecho descartan terminantemente la concurrencia de uno y otro elemento. En la declaración probada se afirma literalmente que «nunca llegó a existir un riesgo real para las personas» y esta afirmación se refuerza en el primer fundamento jurídico haciéndose constar que «el autor tomó medidas a fin de que no se extendieran las llamas, que en todos los casos pudo controlar sin riesgo de propagación», lo que significa, sin lugar a dudas, que en ninguno de los incendios provocados por el acusado, hoy recurrente, existió riesgo alguno, ni abstracto ni concreto, precisamente porque el mismo lo evitó. Siendo así, es claro que nuestra respuesta al recurso debe coincidir, en lo sustancial, con la voluntad impugnativa del recurrente puesto que debemos declarar indebidamente aplicado a los hechos declarados probados el artículo 548 CP 1973 y constitutivos aquéllos de un delito de daños en razón de los destrozos causados por las llamas en el patrimonio de los que fueron perjudicados hasta recibir la correspondiente indemnización de las respectivas compañías de seguros. Pero el delito de daños, cuya comisión reconoce el recu-

rrente, no podrá ser castigado con arreglo al artículo 263 CP 1995, por no concurrir las condiciones necesarias para su aplicación retroactiva, sino con arreglo al artículo 563 CP 1973, vigente cuando los hechos se produjeron. El recurso, en consecuencia, debe ser estimado, dictándose a continuación otra Sentencia más ajustada a Derecho.

(Sentencia de 7 junio 2000)

Naturaleza del delito de incendio; Incendia tres habitaciones del hotel para sustraer efectos aprovechando la confusión: unidad de acción

Primero. 1. La Sentencia impugnada condena a la recurrente como autora de tres delitos de incendio del artículo 351 del Código Penal, un delito y una falta de hurto, un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro continuado de falsedad en concurso con otro de estafa concurriendo en los delitos de hurto y de incendio la agravante de abuso de confianza. Se declara probado, en síntesis, que la acusada empleada de un hotel, entró en una habitación y sustrajo los efectos que se relacionan. El día 19 de octubre «con la finalidad de sembrar confusión y distraer al personal» accedió a una habitación a la que prendió fuego; acto seguido realiza lo mismo en otra habitación; «una vez que con lo anterior logró que tres habitaciones empezaran a arder y atrajera a diverso personal y clientes del hotel para proceder a extinguir los incendios producidos», entró en otra habitación de la que sustrajo dinero en metálico y tarjetas de crédito que la acusada utilizó en las compras y retiradas de dinero que realizó por la tarde y al día siguiente.

La recurrente formaliza su impugnación que articula en tres motivos que, erróneamente, ampara en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin designar ningún documento aunque denuncia la indebida aplicación del artículo 351 del Código Penal, en el primero, la inaplicación del artículo 74 del Código Penal, la naturaleza continuada del incendio, en el segundo, y la inaplicación de la atenuante del artículo 21.1, en relación con la circunstancia primera del artículo 20 del Código Penal.

Núcleo esencial de los dos primeros motivos es la consideración de una única acción subsumible en el delito de incendio, como apunta la recurrente, o de tres delitos de incendio, como ha subsumido la Sentencia.

2. En el relato fáctico se destacan tres acciones, en el sentido de movimientos corporales, por las que se incendian tres habitaciones de un hotel. A esa premisa fáctica ha de añadirse que en la fundamentación de la Sentencia se relata que las tres habitaciones incendiadas están en la misma planta y ala del hotel.

La Sentencia rechaza la subsumición de los hechos en un único delito del artículo 351 del Código Penal, porque no nos encontramos «ante varias formas de un único incendio» y añade que lo relevante es que «el incendio comporte peligro para la vida o integridad física de las personas» y éste se produce cuando se consuma el delito. El delito de incendio es un delito de resultado, afirma la Sentencia, y por lo tanto que dada su naturaleza de delito de resultado «existen tantos delitos

como resultados individualizados, pues dicho delito se consuma con la simple causación del incendio».

3. En la fundamentación de la Sentencia se desliza un error sobre la naturaleza del delito. Al afirmar que el delito de incendio del artículo 351 es un delito de resultado concluye que hay tantos delitos como resultados típicos (incendios) se han producido, con olvido que el Nuevo Código Penal ha clarificado la regulación de la anterior tipicidad relativa a los incendios, distinguiendo entre aquellos causantes de un perjuicio patrimonial, hoy subsumibles en el artículo 262 del Código Penal, de aquellos otros delitos de riesgo causados a través de incendios (arts. 351 y siguientes). Si los primeros tienen una naturaleza de delito de resultado, las figuras típicas contempladas en los artículos 351 y siguientes son delitos de riesgo abstracto en los que el incendio es el medio generador de un peligro. Distinción que, ciertamente, no es tan tajante como se expone pues algunos de los tipos penales contemplados en las respectivas Secciones reguladoras de los incendios y de los daños, aparecen como delitos de resultado y de peligro, pero esa naturaleza de peligro es clara en el artículo 351 del Código Penal, artículo en el que se subsume el hecho probado.

De lo anterior resulta que el artículo 351 del Código contempla un delito de peligro abstracto por el que se protege la vida e integridad física de las personas frente a peligros derivados de incendios de tal entidad que puedan ponerla en peligro.

4. Hemos de dilucidar ahora lo que constituye el elemento central de la impugnación de la Sentencia, esto es, si nos encontramos ante una pluralidad de acciones que determinan una pluralidad de delitos en concurso real o si, por el contrario, las distintas acciones se engloban en una unidad, natural o típica, de acción que determinaría un único delito. Este supuesto problemático de la dogmática penal parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Así la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (cfr. SSTs de 15-2-1997, 19-6-1999, 7-5-1999 y 4-4-2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha», en supuestos de hechos referidos a robos con intimidación a distintas personas, falsificación de documentación sobre visados etcétera.

5. En el caso concreto, el hecho probado nos refiere que la acusada con una finalidad de robar en la habitación 7222, entró en dos habitaciones, la 4039 y la 6207, todas situadas en la misma planta y ala del hotel en el que trabajaba, «con la finalidad de sembrar la confusión y distraer al personal». Entra en la habitación en la que sustrae efectos y luego prende fuego a efectos de la habitación.

Desde el hecho probado, complementado con las afirmaciones fácticas de la fundamentación de la Sentencia, resulta que las sucesivas acciones realizadas se unifican en una única dirección delictiva dirigida, de una parte, a la sustracción de efectos en la habitación 7222, y, además, a la producción de un fuego en tres habitaciones diferentes que en su dimensión total supone la puesta en peligro del bien jurídico final tutelado por la norma, el peligro a la vida e integridad física de terceras personas.

Desde esta perspectiva hay una única acción y el delito debió subsumirse en un único delito de incendio del artículo 351 del Código Penal, siendo errónea la calificación por tres delitos, por lo que el primer motivo se estima en tanto que el segundo, planteado de forma subsidiaria, carece de contenido dada la estimación del planteado como principal.

(Sentencia de 18 julio 2000)

La tentativa de incendio no requiere que el fuego se haya iniciado: requisitos

Tercero. Esta fundamentación de la Sala sentenciadora es básicamente correcta y debe ser confirmada. En efecto, como señala la Sentencia de 26 de marzo 1999, la consumación del delito prevenido en el artículo 351 del Código Penal únicamente exige que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en grave peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para los mismos.

La tentativa no requiere que el fuego se haya iniciado, sino la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad de su autor.

En el supuesto actual consta que el plan del autor se encaminaba a prender fuego a una vivienda unifamiliar habitada, con plena conciencia del riesgo que ello conllevaba para la integridad de sus moradores, consta también que mediante actos exteriores preparó un sofisticado y peligroso artefacto incendiario y se dirigió con él a la vivienda de su víctima con la inequívoca intención de prenderle fuego y arrojarlo a la misma, iniciando con ello la situación de riesgo, y consta, por fin, que la interrupción de la acción se produjo por la intervención de la víctima, cuando el incendio ya era inmediato, pues el acusado se encontraba ante la misma puerta de la vivienda con el artefacto incendiario preparado para su inmediata deflagación. Es claro que el acusado superó la fase de «actos preparatorios» iniciando la ejecución del delito, por lo que la Sentencia condenatoria por tentativa debe ser confirmada.

(Sentencia de 11 diciembre 2000)

ARTÍCULO 364

Administrar clenbuterol a animales destinados a consumo humano: irrelevancia de que la dosis no suponga un peligro real para la salud pública debido a la configuración del tipo como delito de peligro abstracto

Noveno. Al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim se aduce la aplicación indebida del artículo 364.2.1.ª del CP en el noveno motivo de impugnación.

Se plantea, en primer lugar, que no concurre el elemento normativo del tipo, porque es preciso que se administren a los animales sustancias no permitidas. Como la prohibición en opinión del recurrente no surge hasta el RD 1373/1997, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1997, y los hechos ocurrieron con anterioridad.

Procede la desestimación del motivo, porque antes de esa fecha existía como cobertura normativa del precepto tanto en el Reglamento comunitario para la fijación de límites máximos de residuos de medicamentos en alimentos de origen animal, como en el RD 1904/1993, de 29 de octubre.

En cuanto al segundo elemento del tipo –generación del riesgo– la estimación de este motivo se subordina por el propio recurrente a la estimación de los motivos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, por lo que deberá correr la misma suerte que aquéllos.

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 carnes 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 inculpativo 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.

El acusado administró al ganado destinado al consumo humano una sustancia no autorizada, que genera riesgo para la salud de las personas.

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.

Expuesto lo anterior se presenta una segunda cuestión concerniente a si la cantidad comprobada es suficiente para generar el riesgo propio del delito. 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 de 5 de noviembre 1977, 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 de 5 de noviembre 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. El motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 22 marzo 2000)

ARTÍCULO 368

Noción de salud pública

Cuarto. El motivo restante fue formalizado con base en el artículo 849.1.º LECrim. Sostiene la Defensa que el artículo 344 CP 1973 fue indebidamente aplicado porque la pureza de la cocaína ocupada al recurrente sólo alcanzaba al 3,7 por 100. De ello deduce que o bien se debe reconocer que el hecho es atípico, pues se trata de una sustancia que no puede causar ningún daño a la salud pública o bien se debe considerar que se trata de una sustancia que, dada su reducida pureza, no causa grave daño a la salud.

El motivo debe ser desestimado.

La potencialidad de la cantidad de droga que el recurrente tenía en su poder en relación a la salud individual carece de relevancia a los efectos de la tipicidad. En efecto, el tipo del tráfico de drogas no contiene un delito de lesiones corporales en el sentido del artículo 147 CP. Se trata, por el contrario, de un delito cuya finalidad es evitar la difusión del consumo de drogas tóxicas y, como tal, de un delito de peligro abstracto. Ciertamente no son pocas las objeciones que desde diversas concepciones político-criminales se hacen a esta especie de tipos penales, pero lo cierto es que el derecho vigente está estructurado de esta manera y, en la medida en la que no se pone en tela de juicio su compatibilidad con el principio de legalidad, los Tribunales deben aplicarlos según las reglas que los gobiernan.

Las mismas razones impiden admitir el otro aspecto del argumento, es decir el referido a la posible vulneración de la salud pública a través de una sustancia de tan reducida pureza. Es sabido que la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social. En el caso del delito de tráfico de drogas este

peligro no permitido no depende, por lo tanto, de las consecuencias biológicas generales que la acción pueda generar, sino de la exclusión total del consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador.

(Sentencia de 7 noviembre 2000)

Requisitos para que el consumo de drogas compartido sea atípico: doctrina general

Quinto. El último motivo del recurso que nos queda por analizar es el cuarto, articulado por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de ley), y por tanto con pleno respeto a los hechos probados en la resolución judicial, que se fundamenta en la indebida aplicación del artículo 368.1.º del Código Penal, residenciando toda su argumentación en la denominada doctrina (o mejor situación) del consumo compartido, en cuya tesis no serían antijurídicos los hechos sometidos a nuestra consideración.

Los requisitos que ha construido la jurisprudencia de esta Sala para su apreciación 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 368 del Código Penal 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. 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» (SSTS 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 de esta Sala en las SSTS de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

(Sentencia de 8 marzo 2000)

Requisitos para que la donación a consumidores sea atípica

Único. La Sentencia recurrida condenó a José Martín G. H. como autor de un delito contra la salud pública, imponiéndole las penas de tres años de prisión y

multa de 2.000 ptas. por haber enviado dos cartas a una interna en el Centro Penitenciario de Villanubla (Valladolid), cada una de las cuales, bajo el sello correspondiente, ocultaba una mínima cantidad de droga, 0,03 gramos de heroína la primera y 0,10 gramos de cocaína la segunda, sin haberse podido precisar el grado de pureza de las mencionadas sustancias, precisamente por la escasez del material ocupado.

Dicho condenado recurrió en casación por un solo motivo al amparo del núm. 2.º del artículo 849 LECrim, aduciendo como documentos los de los folios 78 y 79 relativos a los informes sobre los análisis practicados en cuanto a la composición y peso de las referidas sustancias.

Tiene razón el recurrente, en cuanto que el peso de 0,10 gramos de heroína no era peso neto, pues comprendía también el del papel de celofán transparente al que el polvo marrón estaba adherido, según acredita el mencionado informe del folio 78.

Pero ello es irrelevante, pues, incluso tomando como peso neto las cantidades que se consignan en el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, habría de estimarse que según la doctrina de esta Sala, no existió el referido delito, tal y como razonamos a continuación:

A) Pese a la amplitud de los términos utilizados por el artículo 368 CP para definir el delito contra la salud pública en relación con las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la jurisprudencia de esta Sala, de modo muy reiterado a partir del año 1993, viene considerando la inexistencia de delito en determinados supuestos en que concurren particulares circunstancias relacionadas con la mínima cuantía de la droga, con la adicción de todos los implicados y con las relaciones personales entre quien la suministra y quien la recibe, por razones que se vienen expresando con argumentos diferentes que podríamos reducir a dos:

1.ª La insignificancia del hecho que se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto al bien jurídico protegido, la salud pública.

El Derecho Penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido.

Esta infracción del artículo 368 CP es un caso más de delito de peligro y de consumación anticipada en que el legislador, a fin de dar mayor protección al referido bien, la salud pública, ante la gravedad y gran repercusión social que estas infracciones tienen, ha colocado la barrera de la punición penal en un momento anterior al de la producción del daño, decidiéndose a sancionar como delitos consumados conductas que, en otros supuestos, sólo podrían conceptuarse como tentativa o incluso como actos preparatorios. Pero esta configuración legal del delito no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho Penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante).

2.ª Entendiendo, desde una perspectiva subjetiva, que el delito del artículo 368 CP, aunque ello no aparezca en su texto, exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la

sustancia tóxica, intención que queda excluida en estos supuestos en que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga, así lo justifica.

Aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciando Sentencias absolutorias:

1.º El suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, para procurar su gradual deshabituación, o en supuestos similares.

2.º La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores y para una ocasión determinada, o el hecho mismo de este consumo compartido en tales circunstancias: son modalidades de autoconsumo impune.

3.º Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido.

4.º Aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeñas, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancias.

Tales criterios aparecen en muchas Sentencias de esta Sala, en las que también se habla de la desproporción de las penas, particularmente abundantes desde 1993. Podemos citar las siguientes: 25-5-1981, 12-7-1984, 6-4-1989, 28-6-1991, 2-11-1992, 19-12-1992, 4, 22 y 24-2-1993, 29-5-1993, 3 y 7-6-1993, 2 y 15-7-1993, 6 y 27-9-1993, 6 y 18-10-1993, 9-2-1994, 3-6-1994, 16-7-1994, 10 y 25-11-1994, 25-1-1996, 16-9-1996, 28-10-1996, 22-1-1997, 20-7-1998, 13-2-1999 y 3-4-2000. Sin embargo, hay que advertir sobre la excepcionalidad de estos supuestos de impunidad, sólo aplicables cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que realmente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias, particularmente cuando se hace posible el consumo por personas no adictas o en grupos que, por su número o circunstancias, exceden del ámbito de lo privado o cerrado.

B) A la vista de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, podemos afirmar que en el caso presente no debió dictarse la condena ahora recurrida, ante la insignificancia del hecho respecto del bien jurídico protegido en consideración a la mínima cuantía de la droga detectada: 0,03 gramos de heroína y 0,10 gramos de cocaína (de lo que habría de deducir lo que pesara el papel de celofán al que iban adheridos los polvos marrones). Máxime teniendo en cuenta que no pudo concretarse el grado de pureza de tales drogas, precisamente porque esas pequeñas cuantías no permitieron realizar los análisis correspondientes: cuantías irrelevantes para la salud pública, bien jurídico protegido por la norma en esta clase de delitos.

Aunque nada dicen los hechos probados de la Sentencia recurrida sobre las circunstancias personales de las dos personas implicadas en los hechos, del examen de los autos (art. 899 LECrim) se deduce que se trata de dos envíos, por parte de quien había salido recientemente de la prisión, a su compañera sentimental, aún recluida, realizados a título gratuito y siendo ambos drogodependientes.

Casos semejantes merecieron la absolución, según el criterio de esta Sala antes explicado, en tres de las Sentencias ya citadas, las de 25-1-1996, 28-10-1996 y 22-1-1997.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

La entrega entre las ropas de una papelina de heroína destinada a hijo politoxicómano interno en Centro Penitenciario es conducta atípica

Tercero. El motivo primero, por el cauce procesal del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

Pretende la parte recurrente con este motivo integrar el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida para consignar en el mismo que el hijo de la acusada y destinatario del paquete interceptado «presenta politoxicomanía con consumo de heroína» y además «virus de inmunodeficiencia humana»; y para acreditarlo cita el «informe médico del Centro Penitenciario de Cumplimiento de Jóvenes Alcalá 2».

Al folio 113 de los autos obra el referido informe médico en el que, escuetamente, se indican como «antecedentes personales» del interno José Antonio J. G.: «Politoxicomanía (heroína, cocaína, Bzd., etc.). ADVP (heroína + cocaína), desde 1991. VIH (+) conocido en 1996».

Dado que en el relato fáctico de la Sentencia recurrida nada se dice acerca de la condición de drogadicto del hijo de la acusada, interno en el Centro Penitenciario en el que se desarrolló la conducta enjuiciada en esta causa, y que tal circunstancia puede ser relevante a tal fin, procede estimar este motivo.

Cuarto. El tercero de los motivos del recurso, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

Fundamenta su pretensión la parte recurrente en que –según expresa– la postura mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene estimando que la entrega de droga por un familiar, en cantidades mínimas, con la sola y exclusiva idea de impedir riesgos de las crisis de abstinencia y sin mediar ventaja o contraprestación alguna es atípica al faltar la antijuridicidad en tal conducta; poniendo de relieve además que «en nuestro caso está reconocido que el destinatario de la droga, hijo de mi representada, es toxicómano, por lo que la falta de droga le provocaría crisis de abstinencia».

La condición de politoxicómano del hijo de la acusada, portador además del VIH, el hecho de hallarse interno en un Centro Penitenciario, la escasa entidad de la droga que se pretendía hacer llegar al mismo y la consiguiente falta de peligro de difusión en el interior del Centro, componen un conjunto de circunstancias de las que se deduce razonablemente la atipicidad de la conducta enjuiciada por no afectar al bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 368 del Código Penal (véase SSTs de 15 de junio de 1994, 14 de junio de 1997, 11 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999, entre otras).

Procede, en consecuencia, estimar también este motivo.

(Sentencia de 19 mayo 2000)

Labores de vigilancia mientras otros coacusados venden la droga: acto típico en cuanto favorece o facilita el tráfico

Cuarto. El motivo tercero, por el cauce procesal del núm. 1.º del artículo 849 del Código Penal y con cita del artículo 5.4 de la LOPJ, se formula por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal, en concordancia con el artículo 24.2 de la Constitución y en aplicación del principio de presunción de inocencia.

Se alega, como fundamento de este motivo, «que la Sentencia recurrida aplica el artículo 368 del Código indebidamente, según se desprende del acta del juicio y de todo lo instruido, ya que la policía desconoce los movimientos de mis representados».

Destaca la parte recurrente –entre otros extremos– que «en el fundamento de derecho segundo (...) cuando se explica la actuación de Isidoro no dice que éste vendiera droga sino que estaba vigilando y esta figura no está comprendida en el precepto alegado ya que es una apreciación de unos agentes de policía»; concluyendo que «si no hay unos comportamientos, como establece la jurisprudencia (...) para la aplicación del artículo 368 del CP, no es de aplicar en este caso concreto».

Dado el cauce procesal elegido, en cuanto impone el respeto de los hechos declarados probados (art. 884.3.º LECrim), y el hecho de que en el motivo siguiente se denuncia específicamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, vamos a limitarnos en este motivo a examinar el posible fundamento de la denunciada infracción de ley por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

El artículo 368 del Código Penal, como es notorio, contiene una descripción sumamente amplia de las conductas constitutivas del delito contra la salud pública que define, debiendo destacarse a estos efectos, al lado de los «actos de cultivo, elaboración o tráfico», los verbos nucleares de promover, favorecer o facilitar «el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas», así como el de poseer tales sustancias «con aquellos fines».

En el presente caso, tal como se dice en el *factum* de la Sentencia de instancia, «los acusados (...) venían dedicándose a la venta de cocaína y heroína a consumidores de dichas sustancias», «en el interior de la vivienda» de autos; explicando que los compradores penetraban en ella y allí eran atendidos por las acusadas Encarnación o Almudena (que «hacían entrega de la droga a los compradores y percibían el dinero a cambio»); y «mientras tanto, el otro acusado, Isidoro, se quedaba en el exterior efectuando labores de vigilancia».

Existía, por tanto, una voluntad común o acuerdo entre los acusados de poseer y vender a los consumidores las sustancias que se dicen en el relato fáctico. Lo cual quiere decir que existía un «*pactum scelleris*» entre ellos, con el correspondiente reparto de papeles, todos ellos ciertamente relevantes a los fines perseguidos: de un lado, el trato directo con los compradores (a cargo de las acusadas Encarnación y Almudena), y de otro, la fundamental labor de vigilancia que llevaba a cabo el acusado Isidoro, imprescindible para que aquéllas realizaran sus funciones con las necesarias garantías. Por consiguiente, bien por esta razón (existencia de un acuerdo entre los acusados con reparto de papeles, todos ellos relevantes para el éxito de las actividades convenidas), bien porque ninguna duda cabe de que las actividades de tráfico (venta de papelinas de las referidas sustancias) llevadas a cabo por las acusadas eran penalmente típicas y la llevada a cabo por el acusado

también lo era, en cuanto favorecedora o facilitadora de tales actividades, es preciso concluir que no cabe apreciar en el presente caso la infracción legal denunciada en este motivo.

(Sentencia de 31 marzo 2000)

Posibilidad de tentativa en delito de tráfico de drogas: doctrina jurisprudencial

Sexto. (...) La Jurisprudencia de esta Sala es constante y regular en este sentido (SSTS de 8-7-1998, 21-6-1999, 20-3 y 14-9-2000, y las citadas en las mismas, entre otras muchas). Así, la citada en último lugar, con referencia expresa a la de 11-11-1999, recuerda que la Jurisprudencia de esta Sala «ha afirmado reiteradamente que el delito de tráfico de drogas sólo admite, por lo general, la forma consumada por tratarse de un delito de mera actividad o riesgo abstracto que no requiere un resultado más allá de la conducta típica definida, por lo demás, en términos sumamente amplios en el artículo 368 CP, de tal modo que sólo en casos excepcionales se han admitido formas imperfectas de ejecución», admitiendo que en los supuestos de envío de droga el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio previo entre remitente y destinatario. La de 20-3-2000 se refiere a la dificultad que entraña desplazar la consumación cuando se trate de acciones dirigidas a acercar la droga al consumidor subsumibles en los verbos rectores de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de estupefacientes empleado por el artículo 368 CP. Basta pues el acuerdo entre las partes implicadas para admitir una disponibilidad relevante por parte del receptor de la sustancia, posesión mediata suficiente que entraña la relevancia penal consistente en el propio tráfico a través de alguna de las manifestaciones descritas en el tipo (ver específicamente la STS de 8-7-1998). La STS de 3-3-1999, citada y transcrita parcialmente en el desarrollo del motivo, no contradice en rigor lo anterior cuando se refiere a que la consumación se produce en el momento en que ya se tiene la posesión de la cosa de modo pacífica, es decir, con una posibilidad de disposición de la misma.

(Sentencia de 15 noviembre 2000)

No existe tentativa inidónea, sino simple tentativa, en el caso de quien encarga a un tercero proveerle de droga sin que ello finalmente acontezca

Primero. El primer motivo del recurso se basa en la infracción del artículo 14 CP 1973, pues, entiende el recurrente, que «no se concreta en cuál de las modalidades del artículo 14 estaría comprendida la conducta» del acusado. Señala que la acción que se le imputa consiste en haber instado telefónicamente una operación de tráfico que no se llegó a realizar. El Fiscal, en el apoyo del motivo, ha señalado

que no ha existido acusación por conspiración. La misma cuestión es reiterada en el segundo motivo del recurso desde la óptica del artículo 24.2 CE.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La Audiencia consideró que los acusados N., G., M., C. y el recurrente tomaron parte en un hecho tendente a la obtención de droga para el tráfico y que lo hicieron como coautores. En el fundamento jurídico 33 expuso el Tribunal *a quo* que a este hecho le era aplicable el artículo 3 CP 1973. En el 34, al justificar la calificación sostuvo que «las actividades desarrolladas desde septiembre de 1993 hasta mayo de 1994 por M., C., N., R., D. y G. para aprovisionarse de cocaína a efectos de tráfico y que se describen en el apartado primero de los hechos probados, (...) constituyen una sucesión de operaciones sin éxito conocido, no habiéndose llegado a acreditar que el proyecto se llevase efectivamente a cabo». Sobre esta base el Tribunal *a quo*, remitiéndose a diversos precedentes de esta Sala entendió que el hecho era punible como tentativa del delito contra la salud pública.

2. El recurrente sostiene que en los hechos probados sólo se le imputa haber sido un «interesado en la operación» y que esto no comporta «tomar parte directa en la ejecución del hecho» ni ninguna de las otras acciones descritas en el artículo 14 CP 1973, razón por la cual la aplicación de esta disposición sólo podría ser justificada por la extensión analógica del texto de la misma.

3. La argumentación del recurrente ha sido apoyada por el Ministerio Fiscal aduciendo que «en ninguno de los episodios que se relatan se ocupa cantidad alguna de estupefaciente». A ello agrega que el delito del artículo 344 CP 1973 «no permite formas imperfectas de ejecución» y que «en modo alguno cabría construir una tentativa de un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia cuando no se ocupó cantidad alguna, quedando en su caso la cantidad en el terreno de las intenciones».

4. En la STS de 27-2-1995 esta Sala admitió que la acción de concurrir al lugar en el que se debía recoger la droga, en ejecución de un plan previamente concertado, constituía ya comienzo de ejecución del delito del artículo 344 CP 1973, lo que resulta aplicable también al artículo 369 CP vigente. Asimismo, en la STS de 19-12-1995 se dice, aunque como «obiter dictum», que la remisión de la droga al lugar en el que se ha concertado su recogida también constituye un principio de ejecución y que, asimismo, constituye principio de ejecución del delito del artículo 344 CP 1973, la acción del que se dirige «a trasladar (la droga) al lugar concretado en el que el recurrente la iba a recoger». Es decir, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de una tentativa de tenencia de droga —pues ésta es la acción típica que genera el problema aquí planteado— cuando el autor ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En todo caso, en numerosos precedentes la Sala ha hecho referencia a la posibilidad, aunque restringida, de admitir formas imperfectas de ejecución en este delito. Es decir, que, en principio, la jurisprudencia no ha excluido la posibilidad de tentativa en este delito en forma absoluta (cfr. SSTS ya citadas y además STS de 20-10-1999, con numerosas citas de los precedentes).

Nuestros precedentes, por el contrario, han rechazado la posibilidad de una tentativa sólo cuando a esta Sala se le ha planteado la existencia de una imperfecta realización del tipo, basándose en que el autor no ha llegado a traficar con la droga, como se lo proponía. En estos casos la Sala ha venido a decir que el delito se consuma con la tenencia, considerando en algunas Sentencias que esta alternativa típica constituye un supuesto de delito de pura actividad (cfr. STS de 11-11-1999) y

en otras que nos hallamos en presencia de un delito de peligro abstracto (cfr. STS de 11-2-1999) . Esta diversa caracterización del tipo del artículo 368 CP no trasciende a la cuestión que ahora tratamos, dado que, de todos modos, la «ratio decisionis» de las Sentencias referidas no depende de ello. En efecto, la jurisprudencia se ha referido al carácter de delito de pura actividad o de peligro abstracto para excluir la aplicación del artículo 16.1 CP (art. 3 CP 1973) cuando el autor no ha logrado la finalidad perseguida. En tales casos se ha dicho también que el alcance de metas que van más allá de la mera tenencia no condiciona la consumación de la tenencia para el tráfico, sino que pertenece a la fase de agotamiento del delito (cfr. SSTS de 12-2-1997; 1-3-1997; 18-4-1997; 20-10-1997; 11-5-1998 y 3-12-1998, entre otras).

Resumidamente es posible afirmar:

a) que la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado, fundándose tanto en la estructura del tipo del artículo 344 CP 1973, como en la del artículo 368 CP vigente, la aplicación de los artículos 3 ó 16.1 de esos respectivos cuerpos legales a los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos con la tenencia de estupefacientes.

b) que por el contrario, esta Sala ha admitido que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (arts. 3 CP 1973 y 16.1 CP) cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

Se trata como se ve de hechos que tienen perspectivas diversas: en los primeros el autor tiene la droga y tiende a un fin futuro y extratípico que no alcanza; en los segundos el autor ha comenzado la ejecución con el fin de lograr la tenencia, sin alcanzarla.

Estas conclusiones son consecuencia de una concepción de la tentativa, aceptada en general, que la define como un defecto del tipo objetivo, es decir como un caso en el que realmente no concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en los que el autor ha supuesto dicha concurrencia. Por tal razón en la doctrina se considera que la tentativa es un error de tipo inverso. Como es claro, desde este punto de vista la tentativa de los delitos de pura actividad o de los delitos de peligro no ofrece ninguna dificultad conceptual.

Todo lo dicho lleva al rechazo de la premisa básica del recurrente, quien, erróneamente, ha planteado la cuestión desde la perspectiva del artículo 14 CP 1973 ó 28 CP vigente, es decir como un problema de autoría; en ese marco de referencia la cuestión no plantea ningún problema: el intento de obtener droga es punible y, por lo tanto, constituye una acción mediante la que se toma parte directa en la ejecución del delito de los artículos 344 CP 1973 ó 368 CP.

5. Aclarado lo anterior, queda todavía otro aspecto del caso que debemos aclarar. El enviado por el recurrente y los otros procesados a Madrid en busca de la droga no regresó a Barcelona con ella, sino con unos paquetes que –al contrario de lo supuesto por ellos– no contenían cocaína u otro tipo de droga. Es decir, que el recurrente creyó tener en su poder –a través del procesado G.– droga, aunque realmente no era así, pues éste sólo recibió paquetes con otro contenido.

Hechos de estas características tienen todos los elementos de la tentativa que acabamos de expresar. En la STS de 21-6-1999 se ha reconocido que la imposibilidad de la consumación del delito de tráfico de drogas no excluye su punibilidad como tentativa. En este sentido dicha Sentencia ha receptado la doctrina según la

cual la tentativa inidónea es punible en el derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 CP vigente, no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar –se dice en dicha Sentencia– «que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado». «Se trata –agrega la misma Sentencia– de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto».

De todos modos, en el presente caso no se trata de una tentativa inidónea. El juicio sobre la idoneidad está básicamente condicionado por la estructura del tipo penal. Consecuentemente, en un delito en el que la tipicidad se agota en la realización de una acción, este juicio no necesita ser referido a la potencialidad causal de un medio para la producción de un resultado que implica una modificación en el mundo exterior. Es decir, el juicio sobre la idoneidad en un delito de actividad o de peligro abstracto, sólo se debe referir a la aptitud de la acción para la realización del tipo, sin ninguna vinculación a un posible resultado proveniente causalmente de la acción.

En el presente caso es evidente que se dan estas condiciones, toda vez que el recurrente, junto con los otros partícipes, se valió de otra persona, dispuesta a colaborar, para procurarse una determinada cantidad de estupefacientes. Es decir, que obrando con un dolo completo, realizó acciones que le hubieran permitido conseguir la droga, si el proveedor se la hubiera proporcionado.

6. En el segundo motivo del recurso se sostiene que vulnera el derecho a la presunción de inocencia deducir del reclamo telefónico realizado por el recurrente su participación en el hecho. Sin embargo, es correcto considerar que sólo un partícipe en el hecho puede reclamar por incumplimientos que frustraron la obtención de la droga. La cuestión no genera ninguna duda y de ello cabe deducir la participación en la que se fundamenta el fallo recurrido.

Décimo. También este recurrente impugna la Sentencia recurrida desde la perspectiva del artículo 16 CP vigente o 3 CP 1973. Considera el recurrente que «todo parece indicar que se ha producido un fraude a los eventuales vendedores que no poseían estupefaciente ni, por ello, tenían intención alguna de vender». El recurrente entiende que la tentativa inidónea no es punible.

El motivo debe ser desestimado.

La tentativa inidónea era expresamente punible en el artículo 52 CP 1973 y sigue siéndolo, en la medida en que la punibilidad de la tentativa no está excluida en el artículo 62 CP.

Al respecto nos remitimos a lo ya expuesto en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia. Brevemente dicho: si el hecho puede ser subsumido bajo la hipótesis del artículo 16 CP no se excluye la punibilidad. Tampoco cabe una atenuación en dos grados como consecuencia de la supuesta inidoneidad que postula el recurrente. Ya hemos expuesto en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia que no estamos en presencia de una tentativa inidónea, sino que, la acción realizada era perfectamente apta para la realización del tipo si el proveedor de la droga la hubiera proporcionado de acuerdo con lo convenido.

(Sentencia de 13 marzo 2000)

Consumación del delito de tráfico de drogas mediante el envío de la droga por correo

Tercero. En el segundo motivo, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim, denuncia el recurrente una infracción, por indebida inaplicación, del artículo 16.1 CP puesto que, a su entender, las dos operaciones de tráfico que se realizaron enviando cocaína a su apartado de correos no alcanzaron el grado de consumación quedándose en el de tentativa. El motivo no puede ser acogido aunque, como veremos, a este recurrente le alcanzarán los beneficios derivados de la estimación del único motivo del recurso primeramente examinado. El recurrente no ha sido considerado autor sino cómplice del delito enjuiciado, por lo que el grado de perfección del delito que a título de cómplice se le ha atribuido no puede depender de que aquél tuviese o no real acceso a la droga objeto del tráfico sino de que éste alcanzase objetivamente el estadio en que todos los elementos del tipo se realizan. Como se recuerda, entre otras, en la STS de 11-11-1999, la jurisprudencia de esta Sala ha afirmado reiteradamente que el delito de tráfico de drogas sólo admite, por lo general, la forma consumada por tratarse de un delito de mera actividad o riesgo abstracto que no requiere un resultado más allá de la conducta típica definida, por lo demás, en términos sumamente amplios en el artículo 368 CP, de tal modo que sólo en casos excepcionales se han admitido formas imperfectas de ejecución. En los supuestos de envío de droga, tiene declarado también esta Sala que el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los que la envían y los que la han de recibir, puesto que en virtud del acuerdo la droga quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios –STS de 21-10-1993, 12-9-1994 y 4-11-1997–, por lo que es indiferente que éstos alcancen la detentación física del producto, insistiéndose en la STS de 21-6-1997 en «el tráfico 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». A la vista de esta doctrina, no puede plantear la menor duda el grado de consumación a que llegó el delito en que este recurrente participó como cómplice, puesto que, según se dice en la declaración de hechos probados, Manuel P. C., condenado como autor de la infracción, contactó con personas para que le enviasen cocaína desde Colombia a distintos apartados de correos, realizándose efectivamente los envíos, aunque en los dos casos en que la droga fue consignada al apartado postal de este recurrente la vigilancia policial sólo permitió una entrega controlada de la ilícita mercancía. No se agotó, pues, pero sí se consumó jurídicamente el tráfico de estupefacientes al que este recurrente prestó su colaboración.

(Sentencia de 14 septiembre 2000)

La convivencia con persona que posee y trafica con drogas no supone necesariamente que se tenga disponibilidad sobre las mismas

Tercero. Es indudable que la propiedad o la titularidad de un derecho sobre una vivienda no es algo que por sí mismo, es decir en cuanto tal titularidad de un derecho y de las facultades que en él se comprenden, convierta al sujeto activo

del mismo en coautor o corresponsable de los delitos que otro cometa en su interior.

A su vez, la convivencia con la persona que materialmente realiza la acción típica —en este caso la venta de drogas, y antes de la venta la posesión para su transmisión a tercero— tampoco es suficiente por sí solo para la corresponsabilidad.

En efecto, la doctrina de esta Sala viene declarando que no basta la convivencia para por este solo dato llegar a la culpabilidad de quien no se confiesa partícipe de la ilícita posesión de drogas (Sentencias de 14 de octubre y 17 de junio de 1994; 17 de mayo de 1996). Es necesario que saliendo de una mera actitud de pasividad se participe en alguna actividad que por su tendencia pudiera ser calificada de facilitación del tráfico o consumo (Sentencia de 16 de diciembre de 1994), sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito (Sentencias de 15 de abril y 11 de febrero de 1997), ni tampoco basarse en el conocimiento que uno de los cónyuges tenga del tráfico que realice el otro pues no puede olvidarse que según el artículo 261.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra exento de la obligación de denunciar el cónyuge del delincuente (Sentencia de 11 de febrero de 1997).

Cuarto. En el caso actual, de la convivencia entre el recurrente y la también acusada M.^a del Carmen E. puede inferirse el conocimiento por aquél de la ilícita actividad de venta de droga a que ésta se dedicaba, y en cuyo poder la Policía encontró, guardada en una riñonera que portaba, sustancia estupefaciente. Este dato y la detección de restos de cocaína y heroína en un azulejo, y de cocaína en un cazo, una cuchara y una pinza, no implica que, más allá del conocimiento de la tenencia de droga por su compañera sentimental, tuviera también el acusado una efectiva disponibilidad sobre la sustancia en coposición compartida; ni ello es inherente al conocimiento de su existencia, ni al dato de su convivencia con la tenedora y vendedora de la sustancia, como queda dicho, salvo que existan otros datos objetivos, además de la convivencia, que sustenten la razonabilidad de esa deducción.

(Sentencia de 4 abril 2000)

Es autor el acusado que pone en contacto a comprador con vendedor de droga, obteniendo por ello la condonación de una deuda que tenía con el comprador

Quinto. 1. En el primer motivo denuncia el error de derecho en el que incurre la Sentencia al inaplicar el artículo 29 del Código Penal y subsume la participación del recurrente en los hechos en la complicidad.

El motivo, dada la vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo, desde su asunción, la errónea calificación realizada en la Sentencia.

El hecho probado declara, en síntesis, que el otro acusado que quería realizar una compra de cocaína instó del recurrente que le indicara un vendedor y a cambio le perdonaría una cantidad que le debía. Tras diversas actuaciones consistentes en llamar por teléfono, quedar con el vendedor, y desplazarse a otra localidad para

conseguir el dinero, fueron detenidos portando 233,89 gramos de cocaína con una riqueza del 43,57 por 100.

Afirma el recurrente que, desde el hecho probado, su acción es la de mero partícipe en la realización del hecho delictivo por el otro imputado sin reunir su conducta los requisitos del denominado «intermediario» respecto al que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado se integra en la autoría.

2. La delimitación del autor y del cómplice parte de la comprobación de la existencia de la realización de una acción en la fase ejecutiva del delito y del carácter esencial de esa aportación a la realización del hecho de forma que pueda afirmarse que quien así actúa tiene un dominio funcional del hecho criterio que delimita el autor frente al cómplice quien por su actuar subordinado a otro carece de ese dominio del hecho. En definitiva la aportación del cómplice, aunque puede ser causal al hecho, no reviste la nota de esencialidad que requiere la autoría.

El acusado que ahora recurre puso en contacto a un traficante, no meramente consumidor, de sustancias para su venta a terceras personas, como así resulta de la cantidad que pretendía comprar, 350 gramos de cocaína. En ese contacto acompañó al comprador y vendedor en la transacción y su presencia se extiende hasta el pago del precio. Obtiene una recompensa consistente a la condonación de una deuda preexistente.

No se trata de una acción que favorece la acción delictiva de otros (SSTS de 1-10-1996 y 11-4-1997) supuestos en los que esta Sala ha admitido la complicidad, como facilitación a la facilitación en el tráfico de sustancias tóxicas, sino de una acción con un contenido propio y autónomo de intermediar en el tráfico ilícito entre dos personas asumiendo un protagonismo en su desarrollo que le permite dominar la acción típica.

(Sentencia de 18 julio 2000)

ARTÍCULO 369.3

Posibilidad de integrar el tipo agravado de notoria importancia por dolo eventual

Primero. (...) Por último, el tipo agravado del artículo 369.3 puede cometerse a título de dolo eventual, como recuerda reiterada doctrina jurisprudencial. Su propia configuración con el tan citado concepto jurídico indeterminado a ello conduce, bastando con que el sujeto activo se represente la posibilidad de que porta o trafica con una cantidad de cierto relieve o significado para la salud pública en función de la exigida para cada psicotrópico o estupefaciente. Las SSTS de 25-2-1997 y 5-5-1997 afirman que para el subtipo agravado es suficiente el dolo eventual. En relación a la heroína, y dado el escaso peso necesario para la tipicidad agravada, no es preciso imaginarse o saber que la cantidad portada es especialmente importante en función de tal peso. A cualquiera se le alcanza además que en la heroína no son precisos muchos gramos para que se trate de cantidades de importante valor económico y efectos nocivos en la salud.

En su consecuencia y, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, ratificamos la anunciada estimación del recurso formalizado por el Ministerio Público.

(Sentencia de 19 julio 2000)

ARTÍCULO 370

Conducta de extrema gravedad en tráfico de drogas: criterios y requisitos para la apreciación de este tipo agravado

Octavo. El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega la indebida aplicación del artículo 370 consistente en calificar la actuación de los acusados como «conducta de extrema gravedad».

Como ha señalado la reciente Sentencia de 16 de diciembre de 1999, el problema planteado ha sido objeto de un amplio debate tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial al constituir este subtipo agravado de «extrema gravedad» un concepto excesivamente complejo, no ya sólo por su indeterminación cuantitativa, sino sobre todo por coincidir en todos los casos con la también circunstancia agravatoria de la «notoria importancia», habiéndose indicado, de manera un tanto general, pero también reduccionista, que aquélla debe aceptarse cuando exista en la acción un gran reproche, no sólo penal, sino también social, por constituir el destino mercantil de la droga y su distribución un gravísimo peligro, un peligro fuera de lo normal en el tráfico de estos productos prohibidos.

Haciendo más concreción del problema, hemos de indicar lo siguiente:

a) Se trata de una figura cualificada de «segundo grado», también denominada por algún autor como una «hiperagrante», pues tanto con ella como con las demás relacionadas en el artículo 370, se produce una nueva agravación sobre las recogidas en el artículo 369.

b) Su interpretación ha de ser, no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*, pues no cabe duda de que se trata de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente produce inseguridad jurídica. Esta interpretación restrictiva también nace de la posibilidad que existe con su aplicación, de vulnerar el principio *non bis in idem* en relación con el primer subtipo agravado de la «notoria importancia» recogido en el artículo 368 del mismo Código Penal (SSTC 105/1988 y 150/1991 y del TS de 11 y 29 de diciembre de 1995).

c) En todo caso, su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, pues el precepto nos habla de «extrema gravedad» haciendo depender, además, esta muy relevante gravedad más que del producto en sí mismo objeto del tráfico, de la «conducta» observada por los traficantes, pues así expresa y literalmente se dice al emplear la frase «cuando la conducta en él definidas» (las del artículo anterior).

d) De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivo, pero también subjetivos. Entre los primeros cuenta, no cabe duda, la

cuantía de la droga aprehendida y su pureza, pero a ellos se deben añadir otros elementos sobre la forma de realizarse la acción, como son los instrumentos materiales para llevarla a efecto, la organización previa y, en conjunto, lo que podríamos denominar la «logística» especialmente preparada. En cuanto a lo subjetivo no cabe duda que debe tenerse en cuenta el papel o «rol» que hayan podido jugar los acusados en la operación en cada caso concreto, pues, insistimos, la norma nos habla de «acción peligrosa» y ese peligro no puede achacarse lo mismo a personas que juegan un papel importante y decisivo en la acción delictiva que a aquellos que son simples mandatarios o asalariados. Así, a guisa de ejemplo, no se puede aplicar el mismo baremo de peligrosidad o medir por el mismo rasero al capitán del buque que transporta la droga que a un simple marinero aunque sea también componente de la tripulación.

Asimismo la Sentencia de 22 de noviembre de 1999 recuerda que como ha señalado una reiterada jurisprudencia (SSTS de 17 de julio de 1993, 21 de abril y 30 de noviembre de 1994, 14 de marzo, 19 de junio, 25 de octubre, 11, 29 de diciembre de 1995 y 16 de octubre de 1998 entre otras), para la aplicación de este factor exorbitante de la penalidad deben tomarse en consideración tres reflexiones básicas. En primer lugar «extrema gravedad» no equivale a «extrema cantidad», pues como señala la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 el legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado —con un incremento de penalidad ya ciertamente importante— a través del artículo 369.3.º del Código Penal (cantidad de notoria importancia), y sobre ésta podría haberse establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad sino de extrema gravedad. En consecuencia la aplicación de esta hiperagravación requiere como requisito imprescindible que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, ciertamente extrema o absolutamente excepcional, pero dicho requisito único de la cantidad no es suficiente, sino que la agravación exige además la apreciación de otros elementos cualitativos que acentúen al límite la gravedad de la conducta, examinada en su globalidad, es decir en el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto comportamiento enjuiciado.

Ha de señalarse que el Código Penal ya utiliza la «notoria» importancia de la droga como una agravación específica en el artículo 369.3.º, y aun cuando es cierto que una reiterada doctrina jurisprudencial —quizás revisable a la luz del importante incremento punitivo que el Código Penal 1995 conlleva para estos casos— sitúa muy bajo el límite mínimo de esta agravación, aplicándola a cantidades usuales cuya importancia dudosamente puede ser calificada de «notoria», también lo es que ello no autoriza a la creación jurisprudencial de un segundo escalón agravatorio, valorando nuevamente y por sí solo el factor de la cantidad, para utilizarlo de modo redundante como fundamentación de una hiperagravación de la conducta enjuiciada.

En segundo lugar la doctrina jurisprudencial expresada insiste en que la propia indeterminación del concepto exige su interpretación restrictiva y aplicación minuciosa. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 1995 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 —que defiende un sector doctrinal— sí ha de afirmarse «que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión

legal». En esta línea de interpretación restrictiva «entendemos que no basta una exacerbación de la cantidad de droga de que se trate», continúa expresándose en la mencionada resolución, con cita en apoyo de esta concepción, de las Sentencias de 17 de junio de 1993 y 14 de marzo de 1995. En este sentido restrictivo, la referida resolución señala como elementos que han de tomarse en consideración: *a)* el criterio de la cantidad, que, aunque no único, ha de considerarse imprescindible en estos casos; *b)* la concurrencia simultánea en el supuesto de varias de las agravaciones recogidas en el artículo 369; *c)* el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para este tráfico ilícito; *d)* el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos.

En tercer lugar, ha de llegarse a la conclusión de que la exacerbación de penalidad que conlleva esta hiperagravante, la existencia de otros factores de agravación ya contemplados exhaustivamente en el escalón inferior de agravación que representa el artículo 369, 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 (STS de 29 de diciembre 1995).

Noveno. Atendiendo a dichas consideraciones resulta procedente la estimación del motivo. En primer lugar en cuanto al aspecto meramente cuantitativo es cierto que nos encontramos ante una cantidad de droga muy elevada e importante (118 kg de cocaína), que podría determinar la aplicación de la agravación en conjunción con otras circunstancias, aun cuando tampoco puede calificarse de extrema o absolutamente excepcional (por ejemplo en la reciente Sentencia de 16 de febrero 1999, se aplica la agravación de extrema gravedad en un supuesto de transporte de nada menos que 1.754 kg de cocaína, unas 15 veces superior al actual, que por tanto difícilmente permite calificar el supuesto ahora enjuiciado de próximo al límite máximo de los comportamientos enjuiciados en este tipo de conductas, mientras que en la Sentencia anteriormente citada de 16 de diciembre de 1999 no se aplica esta hiperagravación en un supuesto de transporte en un pesquero de más de 800 kg de cocaína –siete veces superior al actual– por no apreciar la concurrencia de otros factores objetivos y subjetivos de agravación de la conducta).

En el caso actual al margen de la cantidad de droga ocupada no se aprecia la concurrencia de otras circunstancias de agravación del artículo 369, pues la sala sentenciadora no estima acreditada la pertenencia a una organización, ni consta tampoco que el velero de recreo utilizado para el transporte dispusiese de compartimentos ocultos o estuviese especialmente acondicionado o preparado para este tráfico ilícito.

Por otra parte, desde la perspectiva subjetiva, no consta que los acusados representasen un papel principal en la formación o diseño de la operación sino que más bien se presentan como simples colaboradores últimos o «recaderos» del tráfico ilícito del que se trata, apareciendo en el primer plano y corriendo el máximo riesgo al participar en las fases más comprometidas de la operación, pero sin constancia de que sus conductas vayan más allá de esta intervención, directa e inmediata pero no necesariamente principal.

La estimación del motivo impone dictar segunda Sentencia eliminando la concurrencia de esta circunstancia de agravación para todos los condenados, indi-

vidualizando la pena dentro del marco legal determinado por el artículo 369 del Código Penal 1995 atendiendo a la especial relevancia de la cantidad de droga ocupada y a la gravedad de la conducta enjuiciada.

(Sentencia de 24 octubre 2000)

ARTÍCULO 390.1.2.^a

Falsedad en documento mercantil: constituye el tipo de simular un documento de manera que induzca error sobre su autenticidad: redactar la fecha, cantidades consignadas y otros datos de pagarés y talones, aunque no se sepa de quién es la firma que obra en los mismos

Segundo. El núcleo del recurso se contiene en el motivo que invoca el artículo 849.1.º LECrim para denunciar la indebida aplicación de los artículos que tipifican el delito de falsedad en documento mercantil (390.2 y 392 CP) apreciado por el Tribunal de instancia.

Argumenta el recurrente que –respetando como es de rigor los hechos declarados probados– el Tribunal establece que el medio empleado por el acusado para llevar a cabo las distintas estafas, fue mediante el ingreso en las cuentas bancarias de las víctimas de determinados pagarés y talones en los que figuraba simulada la firma del supuesto titular de las cuentas contra las que se libraban dichos efectos, pero que, al no haberse acreditado –como reconoce la Sentencia– que las firmas falsas las realizara el acusado, no cabe subsumir los hechos en el artículo 390.2 CP porque –afirma– «lo único que ha quedado probado a este respecto es que el acusado redactó de su puño y letra en algunas ocasiones, las cifras y las letras de los efectos mercantiles (...) (que) no afectan a los elementos esenciales del documento», por lo que el solo hecho de «... expresar la fecha o las cantidades correctas por las que debía abonarse el cheque, no constituye por sí mismo falsedad en documento mercantil».

Por su parte, el Ministerio Fiscal discrepa de la tesis del recurrente al sostener que, al menos en aquellos episodios en los que el Tribunal atribuye al acusado el haber redactado en los instrumentos mercantiles de pago los diversos datos que figuran en los mismos como la fecha y la cantidad de dinero a pagar supone una simulación parcial del documento, conducta tipificada en el artículo 390.2 Código Penal.

La función que corresponde, por tanto, a esta Sala, consiste en determinar la calificación jurídico-penal de los actos ejecutados por el acusado en los documentos de referencia. El Tribunal de instancia declara probado que en varios de los negocios jurídicos de compraventa que se relatan en el *factum* de la Sentencia, el acusado rellenó de su puño y letra los pagarés y talones bancarios que servirían para efectuar el pago a los vendedores, especificando, no obstante, que en todos los casos no consta que la firma falsa que figura en dichos efectos la hubiera realizado el mismo.

En una primera aproximación al problema pudiera entenderse que la actuación del acusado sería constitutiva de hacer suponer la intervención de persona que no

lo ha tenido (art. 390.3 CP), más que de simulación parcial de los documentos en cuestión puesto que, de una parte, se pretendería hacer ver a terceros que los apartados que conforman esos instrumentos mercantiles habrían sido suscritos o rellenados por su legítimo titular (que, supuestamente, los habría firmado y rubricado) y, de otra parte, que los datos redactados por el encausado que constituyen el texto del documento –fecha, cantidad consignada, destinatario del pago (...)– no constituyen objetivamente una alteración mendaz de la realidad, en sí mismos considerados.

Sin embargo, cuando se analiza el delito de falsedad y sus diversas modalidades comisivas, no puede dejar de subrayarse que éstas no constituyen compartimentos estancos, por cuanto es perfectamente posible que un mismo hecho sea susceptible de ser incardinado en más de una de las modalidades típicas recogidas en el artículo 390 CP, como que una misma actividad puede integrarse tanto en la suposición de la intervención de persona que no la ha tenido, como en la simulación total o parcial del documento que prevén los apartados 3 y 2 del citado precepto, respectivamente (véase a este respecto la STS de 28 de octubre de 1997).

Así, pues, de lo que se trata es de establecer si los actos realizados por el encausado son subsumibles en la forma comisiva calificada por el Tribunal *a quo*. Para ello, para decidir si estamos ante un supuesto de simulación parcial de documento, será menester recordar que, como señalaba la STS de 18 de septiembre de 1993, «simular» equivale a crear un documento, configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad, tanto por su estructura como por su forma de confección, y la Sentencia de 13 de junio de 1997 rememoraba la de 26 de noviembre de 1993, que declara que «simular significa representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es». Será, pues, simulado un documento cuando se practican en el mismo operaciones que inducen a error sobre su autenticidad, lo que ocurre cuando el documento así elaborado es idóneo para pasar por auténtico en el tráfico jurídico al que va destinado.

Al introducir el acusado en los efectos mercantiles utilizados para efectuar el pago los datos que deben figurar en esos documentos para resultar eficaces, está simulando un documento auténtico. Tanto como que, de no ser así, los cheques bancarios y pagarés, con la sola firma del supuesto titular, no habrían sido admitidos por las entidades bancarias, al carecer de datos tan esenciales como los de fecha de la operación, destinatario del abono, importe de éste, etc., con lo que, en ningún caso hubiera podido acreditar el acusado ante el vendedor el pago efectuado para tomar posesión de los bienes adquiridos, lo que conseguía presentando a éste el comprobante del ingreso falsario contra cuentas canceladas o carentes de fondos, de lo que el acusado era consciente. Así, pues, los actos ejecutados por el hoy recurrente fueron absolutamente decisivos para presentar los efectos mercantiles como genuinos, es decir para simular la autenticidad de los mismos, y su coparticipación en esta actividad falsaria, imprescindible para conseguir de los mismos una apariencia de realidad que indujo a error a las personas a quienes fueron exhibidos, que lo dieron por bueno, y así pudo llevarse a cabo el desplazamiento patrimonial proyectado.

No ha existido la infracción de ley denunciada por el recurrente y el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 3 marzo 2000)

Falsedad ideológica: criterios jurisprudenciales

Sexto. 1. En este apartado analizaremos la impugnación referida al error de derecho por aplicación indebida del delito de falsedad a los hechos probados.

La Sentencia ha aplicado el artículo 392 en relación con el artículo 390.1.2 del Código Penal, es decir, la modalidad falsaria consistente en la simulación de un documento en todo o parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Se refleja en el hecho probado que la recurrente, e igualmente los otros procesados, «entregaron a cada comprador un certificado en el que se hacía constar que aquél (el promotor) tenía concertada con la Compañía de Seguros La Preventiva una póliza que garantizaba un capital de 60 millones de pesetas para hacer frente a una posible eventualidad que impidiese la construcción de los locales objeto de la compraventa garantizando la cantidad recibida en cuanto lo cierto era que la mencionada póliza no existía en tales términos, puesto que lo único que había contratado era un seguro de vida por plazo de 2 años a partir de 16-3-1988: en el caso de fallecimiento se designaba a los compradores en la cantidad cobrada como anticipo». Igualmente que la ahora recurrente, y los otros dos condenados también recurrentes, «conocían el contenido de la póliza de seguro de vida y eran conscientes de que lo que certificaba no se correspondía a la verdad».

En la motivación de la Sentencia se afirma la subsunción de los hechos en el artículo 392 en relación con el artículo 390.1.2 por cuanto «la alteración de la verdad fue obtenida por la creación de un documento ficticio, o sea simulando un documento verdadero, hecho de modo y manera que puede inducir al error sobre la autenticidad de su contenido». Como se observa la Sentencia transcribe en su fundamentación el precepto penal, artículo 390.1.2 CP, al que añade el término «su contenido».

2. Hemos de abordar en este fundamento la naturaleza de la falsedad imputada y si la misma tiene encaje en el artículo aplicado.

El relato fáctico refiere que el certificado adjuntado a los contratos de compraventa era falso porque su contenido no se ajustaba a la realidad de la póliza efectivamente suscrita entre el promotor y la compañía de seguros pero, también era real porque era emitido por quien estaba en condiciones de realizarlo, la compañía de seguros a través de sus representantes. Nos encontramos ante una falsedad denominada ideológica que afecta no al continente, al propio documento, es decir, al soporte material que expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (art. 26 CP), sino que afecta al contenido, en cuanto que ciertos aspectos de la declaración contenida en el documento son mendaces o inveraces.

Con relación a esta modalidad falsaria hemos que tener en cuenta que el legislador del Código Penal de 1995, expresamente, ha declarado atípica para los particulares de la modalidad falsaria consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos (arts. 392 y 390.1.4), supuesto típico de la falsedad ideológica en cuanto se parte de un documento auténtico cuyo contenido es mendaz que es sólo punible para el funcionario público (art. 390 del CP).

La jurisprudencia de esta Sala mantiene al respecto dos posiciones. De una parte, se afirma (cfr. SSTs de 28-10-1997 y 28-11-1999), que el número 2 del apartado 1 del artículo 390, la simulación de un documento, puede incluir supuestos de falsedad ideológica cuando la mendacidad afecta al documento en su conjunto

porque se haya confeccionado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente. Por el contrario, la alteración del contenido del documento de forma parcial, sería atípica por la despenalización expresa del artículo 392 ya que sería un supuesto de falta a la verdad en la narración de los hechos.

Se comparta o no esa dirección jurisprudencial, lo cierto es que esa doctrina no sería aplicable al supuesto enjuiciado pues el documento, cuya falsedad se declara, responde a una relación jurídica preexistente, real y documentada en una póliza entre los contratantes faltando de esta manera a la verdad, en una parte de su contenido. Es decir, las partes que están vinculadas contractualmente expiden una certificación en la que se falta parcialmente a la verdad (390.1.4 CP) pues, cierta es la existencia de una póliza y su referencia a la construcción, aunque la certificación no se ajusta por entero a su contenido.

Otro sector doctrinal y jurisprudencial (cfr. STS de 26-2-1998 y las que cita) afirman que el número 2 del artículo 390, apartado 1, contiene una modalidad falsaria de naturaleza material y el incluir supuestos de falsedad ideológica en su comprensión supone una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad.

3. Analizamos las distintas modalidades falsarias del artículo 390 del Código Penal. A excepción de la prevista en el número 4 del apartado 1, que contiene una falsedad sobre el soporte del documento, las tres primeras refieren la actuación falsaria a la realizada sobre el contenido material del documento. Así en el número 1.º se parte de un documento auténtico que es alterado para darle una distinta conformación. En el número 3.º, se confecciona un documento en el que se expresan hechos falsos, referidos a la intervención de personas que no la han tenido o atribuyéndoles declaraciones o manifestaciones que no han hecho. En el número 2.º, en el que se ha centrado la discusión sobre el carácter material o ideológico de la falsedad, la modalidad consiste en crear un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. En esta modalidad no hay un documento auténtico preexistente que se altera, sino que se crea *ex novo* un documento que aparenta ser auténtico.

La cuestión debatida, si es una modalidad material o ideológica, se centra en interpretar la frase «de manera que induzca a error sobre su autenticidad», si se refiere a la propia realidad documental o al contenido subyacente en el documento. En el primer supuesto, afirmamos una falsedad material, y en el segundo, incluiríamos también en el tipo la falsedad ideológica.

La interpretación que incluye en la redacción típica del artículo 390.1.2 la falsedad ideológica se realiza a través de una ampliación del contenido de la tipicidad, al referir, como realiza la Sentencia impugnada, la posibilidad del error sobre su autenticidad al contenido, expresión esta última que no figura en la redacción típica. Desde una interpretación del tipo acorde al principio de taxatividad, la acción típica del artículo 390.1.2 es aquella que se realiza sobre el soporte material, el documento, creándolo «*ex novo*» de manera que el así creado induzca a error sobre su existencia como documento del que surgen una realidad jurídica vinculante, con efectos constitutivos y probatorios de la misma, es decir, creando un documento, soporte material, que en realidad no existe pese a su apariencia. En el supuesto objeto de la impugnación casacional, si el promotor hubiera elaborado el documento, simulando su existencia. En ese caso habría simulado un documento e inducido a error sobre su autenticidad, situación no coincidente con la descrita en el hecho en

el que dos partes, de común acuerdo, quieren documentar una declaración de voluntad. El documento creado es auténtico, porque las dos partes han convenido en su redacción. La mendacidad resultante de reflejar documentalmente una relación inexistente o con graves alteraciones sobre la existente suscrita entre dos partes no será un documento típicamente falso, por cuanto el mismo es auténtico y responde fielmente a lo que se ha plasmado en el documento, sin perjuicio de que el contenido del documento auténtico suponga un contrato simulado, cuya antijuridicidad aparece recogida en otros tipos penales. La simulación a que se refiere el artículo 390.1.2 es una simulación del documento no de la relación subyacente.

En el supuesto enjuiciado, el certificado que se adjunta a los contratos era auténtico, pues quienes lo libraron expresan en el escrito lo que querían que expresara y no hay ninguna alteración, suposición o simulación respecto a la que era su voluntad documentada. Nadie ha hecho figurar en las certificaciones algo distinto a su voluntad. Cuestión distinta es que el documento, obviamente inveraz y en este sentido mendaz y falso, contenga una situación de antijuridicidad cuyo reproche penal se concreta en el engaño típico de la estafa, o, incluso en una responsabilidad civil, pues el documento firmado supone la asunción de una deuda, cumplidos los presupuestos que en el mismo se establecen.

En definitiva, ambas partes han acordado faltar a la verdad en la narración de un hecho, supuesto que expresamente el Código declara no típico para particulares (art. 392), lo que no deja de ser congruente desde el principio de intervención mínima, ya que la sanción penal ha de reservarse no a la mera infracción del imperativo ético de veracidad predicable a toda realidad documental, sino a quien infringe ese deber, teniendo encomendadas unas exigencias especiales de veracidad como los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

4. Consecuentemente, el motivo se estima procediendo absolver a los acusados del delito de falsedad continuada por el que han sido condenados, apreciando el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 390.1.2 del Código Penal al referir la falsedad recogida en el artículo indebidamente aplicado al contenido del documento y no al mismo documento como exige la tipicidad de la norma penal indebidamente aplicada.

(Sentencia de 29 mayo 2000)

ARTÍCULO 390.1.4.A

Alcalde que certifica que la suspensión de un concierto se debió a la lluvia caída, siendo esto falso: diferencia con el delito de libranza de certificado falso tipificado en el artículo 398 del CP

Único. (...) Pone de relieve que en la Sentencia firme, cuya revisión interesa, el recurrente fue condenado como autor de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 302.4.º del Código Penal de 1973 y utilizando la facultad de reducción que establecía el antiguo artículo 318 impone la pena de tres años de prisión menor y 200.000 pesetas de multa. Señala que en el Auto que se impugna, la

Audiencia Provincial consideró que el Código vigente era menos favorable, en relación con la pena privativa de libertad, puesto que los hechos debían subsumirse en el artículo 390 del Código vigente que sanciona la falsedad en documento público con la pena de prisión de tres a seis años.

Considera, por tanto, que nos encontramos ante un problema de subsunción y que en realidad los hechos cometidos (expedición de una certificación falsa por parte del Alcalde para presentar a una compañía de seguros y cobrar una indemnización) deben incardinarse en el artículo 398 del vigente Código que impone solamente una pena de suspensión. Cita en apoyo de su tesis, una Sentencia de esta Sala de 23 de julio de 1997 que contempla, en su opinión, un caso igual. Argumenta que una certificación falsa sería siempre un documento oficial librado por autoridad o funcionario público, por lo que si se hace una interpretación extensiva sobraría el artículo 398 del nuevo Código Penal.

2. Para iniciar el tratamiento de la cuestión, debemos partir del fragmento concreto del relato fáctico, en que se incrimina al recurrente como autor de un delito de falsedad en documento oficial. El documento en cuestión decía que el acusado, como Alcalde, manifiesta y certifica que el día 10 de septiembre de 1993 se tuvo que suspender la actuación de un grupo musical en el recinto de la Plaza de Toros, «por la lluvia caída en ese momento, según fue (*sic*) de 2,3 litros de agua». Esta afirmación no se corresponde con los datos facilitados por los peritos y por centros meteorológicos. En realidad el recurrente no niega la falsedad de lo que se contiene en el documento por él redactado, por lo que la única discusión radica en torno a su exacta calificación jurídica. Es decir, si nos encontramos ante una falsedad en documento oficial o una falsedad cometida en un certificado e incardinada en el artículo 398 del vigente Código Penal.

3. El Ministerio Fiscal, en un amplio y profundo estudio técnico jurídico, se opone a la estimación del motivo, si bien establece una línea de debate que resulta de incuestionable interés para la resolución del presente caso.

En primer lugar debemos avanzar que el artículo 312 del precedente Código Penal de 1973 que constituye el antecedente del actual artículo 398 castigaba al funcionario público que «librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas».

Para el Ministerio Fiscal el documento que estamos examinando constituye, al mismo tiempo un certificado por lo que podría confluir una doble penalidad como documento oficial y como certificado. En consecuencia considera que nos encontramos ante un concurso aparente de normas que se deben resolver de arreglo con los criterios contenidos en el artículo 8 del Código Penal. Si se aplica el principio de especialidad se debía otorgar preferencia a la aplicación del artículo 398 (certificación falsa). No obstante advierte que no toda certificación es documento oficial y que no todo documento oficial es certificación, por lo que desaparecería el principio de especialidad que no necesariamente nos ha de llevar al principio de alternatividad, ya que dejaría totalmente vacío de contenido al artículo 398 del Código Penal. Después de hacer unas acertadas consideraciones sobre el trato privilegiado que se concede a la falsedad de certificaciones, concluye sosteniendo que el artículo 398 quedaría reservado para casos residuales y de escasa trascendencia, por lo que, en el caso presente nos encontramos ante una falsedad en documento oficial tal como se decía en la Sentencia de casación que conoció originariamente de esta causa.

4. Desde un punto de vista gramatical la acción típica de certificar en falso o falsear el contenido de un documento puede ser semánticamente diferenciada.

Certificar es, según el diccionario de la Real Academia «asegurar, afirmar, dar por cierta una cosa», pero más específicamente, desde un punto de vista jurídico, es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial. Certificar es también garantizar la autenticidad de una cosa por lo que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que refleja en el certificado.

Si se certifica en falso se está poniendo en circulación un documento que, si es expedido por un funcionario público, constituye también un documento oficial falso. El legislador ha querido rebajar el reproche antijurídico del hecho, sancionando con penas notablemente inferiores, la expedición de certificados falsos para lo que ha tomado en consideración la menor gravedad o trascendencia de los efectos del documento. Si tomamos como referente el anterior Código Penal podemos contemplar cómo la punición atenuatoria se reservaba para los facultativos que librasen certificado falso de enfermedad o lesión con la finalidad de eximir a una persona de un servicio público (art. 311) y al funcionario público que librase certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), para terminar castigando al particular que falsificare una certificación de las anteriores (art. 313).

5. El Código vigente recoge, en tres preceptos, las variadas falsedades en certificados que contemplaba el Código derogado y, a los efectos que a nosotros nos interesan, el artículo 398 tipifica la certificación falsa librada por autoridad o funcionario público. El criterio diferenciador de las falsedades en documentos oficiales no es tajante y sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si nos encontramos ante una falsedad documental o de certificados.

No encajaría dentro del principio de proporcionalidad, que la libranza de un certificado falso por los funcionarios responsables de los Registros de la Propiedad o Mercantil se castigara con una pena cuasi simbólica de suspensión de seis meses a dos años, mientras que si se considera como falsedad la pena sea de dos a seis años de prisión, además de la correspondiente y de la subsiguiente inhabilitación.

Por otro lado es posible, en algunos casos, distinguir entre la expedición de un certificado falso y la falsedad documental. Si consideramos, como hemos dicho, que certificar es reflejar y hacer constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, la actividad desarrollada por el recurrente va más allá de esta conducta al recoger una realidad que le constaba que no era cierta y cuya autenticación no le correspondía, ya que, en todo caso, sería una tarea que habrían tenido que desempeñar los encargados de los respectivos servicios meteorológicos que tenían entre sus antecedentes, los litros de agua que habían caído en las fechas indicadas. Lo que se hace en la práctica, es confeccionar un documento oficial falso, expedido por un funcionario y que iba destinado a producir efectos en orden al cobro de una indemnización derivada de un seguro de riesgos de suspensión de espectáculos.

6. Por ello, la calificación adecuada es la de falsedad en documento oficial, cometida por autoridad o funcionario público, tal como se mantenía en la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Ahora bien, en consideración al tiempo transcurrido desde la comisión de estos hechos (año 1993), el contexto en el que se produce la elaboración del documento y la trascendencia del mismo, estimamos que sería procedente un indulto de

los dos tercios de la pena impuesta, dejando la privación de libertad de un año de prisión menor sin afectar al resto de los pronunciamientos acordados.

(Sentencia de 27 diciembre 2000)

ARTÍCULO 392

Imitación tan burda de un cheque que no tiene capacidad de engañar ni incidir negativamente en el tráfico mercantil

Segundo. (...) En efecto de la contemplación de dicho talón se observa que a simple vista se desprende la manipulación, y que por tanto la hipotética capacidad de engañar es prácticamente nula, ya que el apartado correspondiente a quien debe pagarse el talón –si es al portador o nominativo–, aparece sin cubrir, el importe del talón aparece en número tanto en el ángulo superior derecho como en el cuerpo del documento, tampoco consta a letra la fecha de expedición, y finalmente la firma que lo autoriza es la propia del recurrente sin parecido alguno con la correspondiente al titular de la cuenta corriente.

Esta situación pone en evidencia la inexistencia en términos jurídicos de la *mutatio veritatis*, es decir de la alteración de la verdad, que no existe tanto cuando la alteración falsaria recae sobre extremos no esenciales, y por tanto periféricos o accesorios del documento, como en el presente caso en el que la alteración es tan tosca que a simple vista es perceptible, pues tanto en uno como en otro caso las alteraciones carecen de la entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, y es evidente que si el documento en cuestión no proyecta ningún riesgo, ningún bien jurídico, tampoco puede gozar de la protección del ordenamiento penal –SSTS de 5 de diciembre de 1995, 10 y 17 de julio de 1996, entre otras.

(Sentencia de 11 febrero 2000)

ARTÍCULO 393

Falsificación de DNI y permiso de conducir realizada en el extranjero pero presentado a la policía con destino a atestado

Tercero. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, se denuncia indebida aplicación de los artículos 390.1 y 392, ambos CP. Se argumenta que la Jurisdicción española no es competente para juzgar un hecho cometido por un súbdito extranjero fuera del territorio español, en el presente caso los constitutivos del delito de falsedad en documento oficial. Con cita del artículo 23.3 f) LOPJ se arguye que dicha competencia sólo se atribuye a la Jurisdicción española en los casos en que la falsificación perjudique directamente el crédito o los intereses del

Estado, no constando en la Sentencia que tal perjuicio se haya producido. En síntesis, *ex artículo 23.1 LOPJ* no corresponde a la Jurisdicción penal española el conocimiento de una falsedad cometida en el extranjero por un súbdito también extranjero, en el presente caso portugués.

Con independencia de que se trata de una cuestión nueva, no planteada en la instancia, y que además la defensa del acusado mostró su conformidad adhiriéndose a la calificación del Ministerio Fiscal en punto al delito referido, es lo cierto que debemos entrar en el fondo de la cuestión, habida cuenta que la potencial infracción denunciada podría derivarse directamente de la Sentencia objeto del presente recurso, aceptando además el evidente ánimo impugnativo del recurrente.

Respetando los hechos probados, teniendo en cuenta el motivo invocado, se constata en el apartado correspondiente de la Sentencia que el acusado «requerido por los agentes para identificarse, (...) les exhibió un documento de identidad y un permiso de conducir portugueses, extendidos a nombre de Luis Alberto F. G., en los que había sustituido la foto propia del titular por la suya propia». No fijándose el lugar de comisión de lo relatado, haciéndose mención a la procedencia portuguesa de los documentos, no es posible integrar el relato fáctico en perjuicio del acusado, sin que conste referencia alguna a ello en los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada, donde tampoco se constata la consecuencia del perjuicio directo al crédito o intereses del Estado español al que hace referencia la letra *f*, apartado tercero, artículo 23 Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siendo ello así, en principio, el caso contemplado coincide con el supuesto resuelto por la Junta General de esta Sala de 27-3-1998, que resolvió mayoritariamente «ser atípico el uso en España de un documento de identidad, y en general de un documento oficial, falsificado en el extranjero, salvo que se presente en juicio o se use para perjudicar a otro».

Subordinada la punición a la falsedad de uso descrita en el artículo 393 CP vigente, siempre que aquél tuviese como finalidad la presentación en juicio del documento falsificado o el perjuicio para un tercero, descartado este último, resta por considerar si concurren los elementos típicos objetivos en relación con la primera alternativa y ello a la vista de los hechos declarados probados.

Debemos señalar, ante todo, que no se opone el alcance del principio acusatorio a una calificación homogénea, pues se trata del uso del documento falsificado, y, además, de menor intensidad punitiva, habiéndose calificado los hechos por el Ministerio Fiscal, calificación, debemos recordar, a la que se adhirió la defensa del acusado, como constitutivos de un delito de falsedad de los artículos 390.1 y 392, ambos Código Penal.

En relación con el alcance de la expresión típica relativa a la presentación en juicio del documento, se ha ocupado ya la Jurisprudencia de esta Sala en casos recientes (SSTS de 2-2 y 28-3-1998). En síntesis, la doctrina precedente equipara juicio a procedimiento judicial, acusando la inespecificidad del término empleado por el legislador, lo que exige una necesaria valoración jurisprudencial, ya que sería absurdo llegar a una interpretación reduccionista que nos llevase a entender la mención como solamente referida a la presentación de documentos falsos en el momento o fase del juicio oral, debiendo considerarse por ello juicio como sinónimo de procedimiento judicial, que puede abarcar a todos los órdenes jurisdiccionales, en los que se pretenda acreditar una personalidad falsa por medio de un documento alterado.

Retomando el *factum* transcrito más arriba, es preciso ponerlo en relación con lo descrito inmediatamente antes en la premisa histórica, referido a la ocupación de la

droga y el dinero por agentes de la Guardia Urbana que intervinieron inmediatamente después de producirse la venta de la sustancia prohibida. Con ello queremos significar que la exhibición del documento de identidad y permiso de conducir falsos por el acusado a dichos agentes está preordenada a confundir su identidad, una vez que ya se ha cometido un presunto delito, y el destino del acta levantada tras ello por la Policía, el atestado, no puede ser otro que su presentación ante la autoridad judicial, lo que conlleva la inmediata apertura de un procedimiento de esta naturaleza, es decir, la intervención de los documentos falsos no puede tener otro destino que su aportación y presentación a un procedimiento judicial, actuando los agentes policiales como denunciadores (art. 269 LECrim). Identidad falsa que, examinadas las actuaciones, perdura hasta la conclusión de la prueba pericial llevada a cabo por la Brigada Provincial de Policía Científica de Barcelona realizada a instancia del propio Juez de instrucción.

En base a ello el motivo debe ser parcialmente acogido.

(Sentencia de 10 febrero 2000)

ARTÍCULO 403

Delito de intrusionismo: doctrina general

Tercero. 1. Al amparo del artículo 849.1.º LECrim se denuncia en este último motivo la indebida aplicación del artículo 403, párrafo primero, del CP, basándose en que por su condición de higienista dental de la recurrente podía realizar los hechos por los que ha sido condenada.

2. La Sentencia impugnada razona la existencia de delito del artículo 403, párrafo primero, inciso primero, en que los odontólogos y estomatólogos «son los únicos que tienen capacidad profesional para realizar el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades bucales, siendo la función de los prótesis dentales elaborar y fabricar prótesis conforme a las indicaciones de los estomatólogos u odontólogos, debiendo además someter su trabajo a la aprobación final de dichos profesionales, que tienen conocimientos especializados y superiores a los que son propios de la técnica del protésico»; pese a ello la acusada careciendo de la titulación académica y legal necesaria, pues sólo posee los diplomas de higienista y protésico dental, realizó actos propios de una titulación superior, entre otros, examen bucal con diagnóstico y presupuesto y confeccionar y colocar una dentadura a alguien que no había ido antes a ningún dentista, como manifestaron los interesados en el plenario, teniendo en su clínica el instrumental propio de la función de odontólogo y estomatólogo.

3. El tipo objetivo del delito de intrusionismo del artículo 403 del CP, inciso primero del párrafo 1.º, por el que fue condenada la recurrente, se integra por dos elementos: *a)* uno material de ejercicio de actos propios de una profesión, y *b)* otro normativo de carecer del título habilitante para la realización de dichos actos, entendido como título académico, según la dicción literal del precepto y que en este caso era el de médico odontólogo del que la acusada evidentemente carecía, sin que se haya planteado en este recurso, si la renovada tipicidad del artículo 403

del CP vigente con respecto al del artículo 321 del CP derogado –declarado inconstitucional por STC 111/1993, de 25 de marzo– ha supuesto introducir, en el artículo 403, una doble modalidad de intrusismo, integrantes de dos tipos penales: una, más grave, que comprende el ejercicio de actos sin tener título académico, como sucede en el caso aquí enjuiciado, y otra, de menor intensidad punitiva, cuando la carencia es de título oficial. El elemento subjetivo consiste en la conciencia y voluntad de la realización indebida de actos para los que no se tiene el título necesario.

Como delito formal y de mera actividad se consume, salvo casos muy excepcionales, con la realización de un solo acto de la profesión invadida con lo que padecen, por su carácter pluriofensivo, el interés privado del que recibe la prestación del intruso, los intereses de toda índole del grupo profesional afectado y, sobre todo, el interés público de la sociedad de que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones y, en definitiva, el Estado que tiene la potestad de otorgar los títulos correspondientes que es, en rigor, el bien jurídico protegido como estableciera la Sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 1997, una de las muy escasas dictadas sobre esta materia después de la entrada en vigor del CP de 1995, contemplando precisamente un caso de ejercicio de la medicina sin título, por hechos ocurridos bajo la vigencia del artículo 321 del CP derogado.

(Sentencia de 29 septiembre 2000)

ARTÍCULO 404

Prevaricación de funcionario público: concepto de acto injusto

Tercero. (...) 2. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone «la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho» (STS de 15 de octubre 1999), lo que supone un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguien. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. De ahí que para afirmar este elemento del tipo hayamos recurrido a expresiones como «esperpéntica», «clamorosa», «en abierta contradicción con la ley» con los que hemos querido destacar que un acto se integra en el tipo penal de la prevaricación no cuando es meramente ilegal, sino cuando la ilegalidad es arbitraria, pues el derecho no es una ciencia exacta sino sujeta a diversas posibilidades de interpretación. Integra la prevaricación cuando «queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata».

Reiteradamente hemos destacado estas exigencias precisamente para referenciar el límite entre el mecanismo de control jurisdiccional, la jurisdicción contencioso-administrativa, y el orden jurisdiccional penal en el delito de prevaricación donde actúa, como principio básico, el principio de intervención mínima que ha de evitar que cualquier desviación o alteración de la actividad administrativa respecto a la ley pueda verse inmersa en un proceso penal.

Como recuerda la STS de 16 de diciembre 1998, «las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por vía de reclamaciones en vía gubernativa y, eventualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa».

4.–Examinando los hechos probados comprobamos que las eventuales disociaciones con el ordenamiento administrativo, particularmente en orden a la fijación de las cuotas a satisfacer por los beneficiados, tienen su órgano de control y eventual corrección en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, empleado por los afectados por el Auto administrativo, sin que del relato fáctico resulten los presupuestos de aplicación del tipo penal de la prevaricación.

(Sentencia de 26 octubre 2000)

Prevaricación en asunto administrativo: requisitos

Cuarto. La más reciente jurisprudencia de esta Sala –SSTS de 20-4-1995, 1-4-1996, 23-4-1997, 27-1-1998, 23-5-1998, 18-5-1999 y 2-11-1999– ha sistematizado los requisitos que son necesarios para que se entienda cometido el delito de prevaricación administrativa hoy previsto en el artículo 404 CP –dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo– resumiéndolos en cuatro fundamentales: A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudir al artículo 119 CP 1973 o al 24 CP 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que a tal efecto ha de ser tenida en cuenta. B) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución que se reputa contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que su emisión constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendrá sentido, desde la conceptualización del derecho penal como *ultima ratio*, una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder. Para que la resolución se constituya en elemento objetivo de la prevaricación es preciso que sea «injusta» y la injusticia supone un plus de contradicción con el derecho que es lo que justifica la intervención del derecho penal. En los últimos tiempos, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que tan sólo cabe considerar injusta una resolución administrativa, a efectos de declararla penalmente típica, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en el artículo 404, la injusticia con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. Pero no sería del todo exacto decir que, con tal asociación de injusticia y arbitrariedad, se ha limitado la nueva ley a ratificar la últi-

ma doctrina elaborada por esta Sala en torno al artículo 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la evidencia de su ilegalidad pone el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Sin perjuicio de ello, el artículo 404 del CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, proscrita por el artículo 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida caprichosamente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis. D) Por último, para que se cometa el delito de que tratamos, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe «a sabiendas» de la injusticia de la resolución que dicta, lo que no sólo elimina del tipo la posible comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada «subjetivización» de este delito, que ha sido desechada en la STS de 15-10-1999 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa cuyo presunto autor puede no ser un jurista. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en lo sustancial y/o en lo adjetivo, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere producir dicho resultado y antepone esta voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley.

(Sentencia de 23 octubre 2000)

ARTÍCULO 412

Denegación de auxilio a la Justicia: la actitud del Gobierno español de no recurrir la decisión del Ministro del Interior inglés de dejar en libertad a persona cuya extradición se había pedido por España es una decisión de naturaleza política o administrativa y no judicial

Segundo. 1. Como cuestión previa debemos delimitar el ámbito y extensión al que debe ceñirse la respuesta solicitada de esta Sala mediante la interposición de las querellas contra el Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores.

Se trata de precisar si en el curso de la tramitación del expediente de extradición iniciado por el Ilmo. Sr. Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, se ha producido, por parte del Ministro de Asuntos Exteriores un delito de obstrucción a la Justicia previsto y penado en el artículo 410.1 del Código Penal

o denegación de auxilio del artículo 412.1 y 2 del mismo Texto Legal. Ambos se incardinan dentro del capítulo III del Título XIX cuya rúbrica general es la de delitos contra la Administración Pública y más específicamente de la desobediencia y la denegación de auxilio. El texto del artículo 410 del Código Penal sanciona a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales. Por su parte el artículo 412.1 y 2 castiga al funcionario público que no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia, imponiendo pena superior cuando el requerido fuere autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública.

2. Una vez definida la cuestión de fondo nos situaremos en el marco en el que se produce la decisión que no es otro, como ya se ha dicho, que el de un expediente de extradición activa iniciado por un Órgano Jurisdiccional español de conformidad con lo dispuesto en los artículos 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y muy especialmente por el Convenio Europeo de Extradición. El núcleo de la conducta que es objeto de las querellas se circunscribe, según las partes querellantes, en torno a la postura adoptada por el Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores de no ordenar recurrir una eventual decisión del Ministro del Interior del Reino Unido, contraria a la concesión de la extradición a España del senador chileno P. U. De hecho en la vista celebrada ante el Alto Tribunal de Londres el pasado día 26 de enero, España ya no estuvo personada por haber acordado así el Gobierno español según se desprende de la carta dirigida por el Embajador de España, de fecha 17 de enero de 2000, a la Crown Prosecution Service, en la que se comunica a este organismo el pleno respeto español a la postura que pueda tomar el Ministro del Interior, al entender que la decisión apuntada corresponde exclusivamente a dicho Ministro en el marco de sus competencias discrecionales y exclusivas conforme a las leyes británicas aplicables.

3. En relación con los Tratados de extradición entre España y el Reino Unido de la Gran Bretaña conviene señalar que ambos países tenían un Tratado bilateral vigente desde 1878 y debido a su práctica inoperancia fue denunciado por España en 1978. Se negoció un nuevo Tratado que se concierta en Londres el 22 de julio de 1985 que contenía una Nota Diplomática adjunta dirigida a los Magistrados españoles, en la que se consignaban los requisitos que la ley inglesa exige para considerar la petición de extradición. Estas notas eran de difícil encaje en la normativa española y por ello dificultosas para la autoridad judicial española que tenía que documentar la solicitud.

Todas estas dificultades procedimentales han quedado salvadas al estar integrados ambos países en el marco del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 firmado por España en Estrasburgo el 24 de julio de 1979 y ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982.

4. La vigente Ley inglesa que regula la extradición pasiva es de 1989 e introduce transcendentales innovaciones en la práctica de la institución tal como se la conocía en Gran Bretaña. La doctrina especializada ha señalado sus principales innovaciones:

a) Se sustituye el criterio de enumeración de delitos (lista cerrada) y se adopta el sistema de identidad normativa o doble incriminación. Es decir, que el hecho por el que se solicita la extradición también sea perseguible como delito en la Gran Bretaña.

b) Se establece en favor del Estado requirente un recurso contra la denegación judicial de la extradición.

c) La ley introduce y consolida, como parte de la misma, los diferentes Tratados Internacionales con cláusulas específicas sobre extradición, indicando los documentos y tratamiento especial a recibir.

Como características significativas a los efectos que nos interesan podemos señalar:

d) Se confiere al Secretario de Estado del Home Office la decisión última en cuanto a la concesión o no de la extradición.

e) Se incluye un recurso de queja a favor del reclamado contra la orden de entrega que emita el secretario de Estado.

5. Esta prioridad gubernamental aparece refrendada por numerosas referencias parciales recogidas a lo largo del veredicto emitido el 8 de octubre de 1999, en el Tribunal de Magistrados de Bow Street por mister Ronald D. B., magistrado metropolitano, en el caso el Reino de España contra Augusto P. U.

Después de señalar que su decisión es apelable ante el Tribunal Divisional de la Corte Suprema y, posteriormente, con la venia, ante la Cámara de los Lores, manifiesta que «Si el senador P. no es liberado, la decisión final sobre su extradición a España depende del Secretario del Interior y no de los Tribunales».

Citando el dictamen del Lord Browne W. refuerza su tesis y reitera que, si hay crímenes de extradición en relación a los cuales el senador P. no tiene derecho a la inmunidad del Estado, entonces será facultad del Secretario del Interior determinar su extradición.

Termina el veredicto citado afirmando que está convencido de que se cumplen todas las condiciones que me obligan, bajo los términos de la Sección 9 (8) de la Ley de Extradición de 1989, de someter al senador P. a la espera de una decisión por parte del Secretario de Estado.

El mismo Juez español titular del Juzgado de Instrucción Central núm. 5 de la Audiencia Nacional, en su escrito de 13 de enero de 2000 dirigido al Crown Prosecution Service, reconoce de entrada, que el Home Office tiene facultad para tomar una decisión política en el curso de un proceso de extradición, sobre la entrega del reclamado o denegación de la misma, de acuerdo con la ley inglesa y, en este sentido, la decisión que tome, puede ser adoptada, y es lo normal, sin el concurso de otras personas o instituciones.

No obstante y dado que se quiere conocer, entre otros la opinión del Estado requirente, a través de las denominadas alegaciones pasa a dar cumplimiento a lo que parece ser el último trámite de este «accidentado proceso de extradición».

El Magistrado español en sus conclusiones finales y antes de reclamar del Home Office que se le facilite el informe médico realizado a Augusto P. U., establece como conclusión primera que «La decisión de liberar a Augusto P. U. corresponde tomarla, en uso de su responsabilidad, al Home Office en el marco legal correspondiente», si bien añade que ello no supone renunciar, por este Juzgado, a que se agoten todos los trámites necesarios para hacer efectiva la extradición de Augusto P. U. a España, como ya se ha dicho en ocasiones anteriores.

6. Desde estos diversos puntos de vista y desde la propia disposición de la ley inglesa de extradición antes citada, nos encontramos en una fase, en que las facultades decisorias, después de haber seguido los diversos trámites judiciales corresponde al Secretario de Estado del Home Office que, como se ha dicho, está facultado para denegar la entrega. Es más podrá considerar todas las alegaciones que

se le presente sin que para su estimación, precisen los requisitos procesales exigidos por los Tribunales. Ello quiere decir que se ha abandonado la esfera judicial o procedimental y que se entra en lo que pudiéramos denominar la fase administrativa cuyas vicisitudes, alegaciones o reclamaciones ya no corresponden a la autoridad judicial que inició el expediente de extradición activa, por lo que cualquier sugerencia o propuesta que proceda de ésta, merece ser estudiada y valorada detenidamente pero no vincula a las autoridades gubernamentales españolas en orden a su tramitación y cumplimiento de sus términos. La responsabilidad de agotar o no agotar todos los trámites administrativos o eventualmente judiciales, posteriores a la decisión del Ministro del Interior inglés, recae sobre las autoridades político-administrativas españolas y en ese ámbito quedan residenciadas.

7. En consecuencia la orden del Gobierno español, tramitada a través del Ministro de Asuntos Exteriores, queda en el ámbito de las competencias propias del sector administrativo y por tanto fuera de la esfera judicial que se inició con solicitud de la extradición y se desarrolla a lo largo de todas las vicisitudes procesales que han tenido lugar en el presente expediente de extradición activa.

Por ello la petición del Juez español, inequívocamente manifestada en el sentido de que se agoten todos los trámites necesarios para hacer efectiva la extradición del Augusto P. U. a España, no puede incardinarse en el contexto de una resolución judicial a la que deba darse estricto cumplimiento, sino dentro de una petición sobre cuya decisión entiende la autoridad administrativa española que le corresponde en exclusiva decidir.

Así se desprende del hecho de que la decisión emana de un componente de la Administración británica y a pesar de que se diga que es una resolución «cuasi judicial» es innegable que los órganos administrativos carecen de potestad jurisdiccional por lo que no pueden generar ni producir resoluciones judiciales sino actos administrativos de diverso sentido y sobre cuya verdadera naturaleza no nos vamos a pronunciar.

A la vista de lo anteriormente expuesto falta uno de los elementos constitutivos del delito de desobediencia o denegación de auxilio ya que no nos situamos ante una negativa injustificada sino ante una decisión que tiene sus motivaciones en la consideración de que en la esfera administrativa la decisión corresponde en exclusiva a las autoridades políticas al haberse agotado la fase judicial. Por estas mismas razones carecen de entidad delictiva los demás hechos objeto de las querellas, por lo que nada hay que resolver sobre las medidas cautelares solicitadas que sólo podrían tener encaje legal si se hubiera estimado la naturaleza delictiva de los hechos que se relatan.

En consecuencia la querella tiene que ser desestimada con el consiguiente archivo de las actuaciones.

8. Antes de finalizar esta resolución debemos señalar que la institución de la extradición, tal como la hemos heredado de otras épocas históricas, debe ser sometida a una profunda revisión a través de los efectos que se derivan del imparable desarrollo del principio de justicia universal que emana de diversos Tratados y Convenios Internacionales entre los que podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, el Convenio sobre la Prevención y Castigo de delitos contra personas especialmente protegidas adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1973 o la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

La propia existencia y justificación del Tribunal Penal Internacional recientemente creado exige que la reclamación de personas para ser enjuiciadas se haga dentro del ámbito estrictamente jurisdiccional, desapareciendo los vestigios del pasado que interfiere en las decisiones judiciales con resoluciones administrativas absolutamente incontrolables y por consiguiente de matiz político coyuntural, con grave quebranto del principio de legalidad.

(Auto de 1 febrero 2000; recurrido en súplica es ratificado por Auto de 22 del mismo mes)

ARTÍCULO 420

Solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto injusto que no constituya delito: concepto de acto injusto: existencia: compra de voto de un concejal electo a cambio de dinero y el acceso a cargos públicos de libre designación

Cuarto. Entramos ahora en el motivo segundo que se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para denunciar la aplicación indebida de los artículos 386 y 391 del Código Penal de 1973.

1.- Cita, en apoyo de su tesis, el acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda en su reunión de 10 de mayo de 1994 y la Sentencia de la misma fecha que se refiere a un caso de transfuguismo político retribuido, tendente a la conformación de mayorías en una Corporación Municipal. Sostiene que el acto injusto al que se refiere el artículo 386 del Código Penal de 1973 debe entenderse como contravención administrativa, civil o penal no delictiva (falta). Considera que el transfuguismo puede merecer toda clase de reproches axiológicos, más en términos jurídicos y menos aún jurídico-penales, no es posible conceptualarlo de acto injusto, pues el sentido del voto que puede dar un Concejal, forma parte de su haz de facultades, en el marco de un mandato no representativo. Aduce, para reforzar su postura, dos Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 10/1983 y 5/1983) en las que, según su opinión, se reconoce la libertad de voto y declara inconstitucional el antiguo artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales que pretendió precisamente atajar el fenómeno del transfuguismo político.

Discrepa de la Sentencia recurrida, al conectar la injusticia del resultado (el voto) con lo bastardo de la motivación (la dádiva) y convertirlo en injusto porque existió dádiva, lo que supone, en su opinión, vaciar de contenido la modalidad más leve de cohecho del artículo 390 del mencionado Código Penal.

En resumen, aclara el motivo, entendiéndolo inaplicable el artículo 386 del Código Penal de 1973, reclama la aplicación de la modalidad comisiva del cohecho previsto en el artículo 390 del mismo texto legal y, por añadidura, solicita la aplicación del Código Penal de 1995 (art. 426) por ostentar una penalidad menos grave y ponerlo en relación con el artículo 423 del mismo Texto Legal.

2. Antes de entrar en el análisis de las cuestiones planteadas, conviene precisar que el recurrente ha sido condenado como responsable de haber ofrecido al

otro acusado dádiva, presente o promesa, con la intención de corromper o intentar corromper a un funcionario público, haciéndole ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo de concejal, es decir, a su condición de funcionario público.

La cuestión que se somete a nuestra consideración ya ha sido abordada, con profusión y precisión de detalles y con impecable rigor constitucional, por la Sala sentenciadora.

La parte recurrente estima que falta uno de los componentes inseparables del tipo penal aplicado, como es la concurrencia del «acto injusto» exigido por el artículo 386 del Código Penal de 1973 (en relación con el art. 391) y también por el artículo 420 del vigente, respecto del artículo 426.

En su opinión, por «acto injusto» ha de entenderse todo acto contrario al ordenamiento jurídico y en el caso que nos ocupa estamos ante un «acto político de gobierno que no admite control jurisdiccional» entre otras cosas, porque en nuestro sistema no existe mandato imperativo. En consecuencia, como ya se ha dicho, faltaría uno de los elementos normativos del tipo, lo que convertiría la conducta de vender el voto en atípica.

3.—El acusado, al invocar como referente del acto injusto al ordenamiento jurídico sin más matices, cae en un olvido que es preciso recordarle. Por encima de las disposiciones generales o especiales de carácter concreto existe, como cúspide del sistema, la fuerza normativa directa que emana del propio texto constitucional y que hace que sus preceptos se conviertan en normas de aplicación inmediata, sin olvidar la fuerza expansiva de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El acusado pretende colocar o situar al margen del sistema el hecho indubitado que nos ocupa y que no es otro que la compra del voto de un concejal electo, a cambio de sustanciosas prebendas en metálico y del acceso a cargos públicos de libre designación. Sin embargo no se puede olvidar que, como señala el artículo 9.1 del texto constitucional, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Más adelante, el mismo precepto recuerda el principio de responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad, de los poderes públicos.

Esta responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad hay que conectarla de manera directa e inmediata con el artículo 23.1 de la Constitución, por el que se proclama el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, en elecciones periódicas por sufragio universal. Esta representación se obtiene mediante el ofrecimiento a los electores en general, de un programa autónomo o bien integrado dentro de la formación de un determinado partido político y que en principio existe un deber de lealtad con los ciudadanos ya que, en caso contrario, se adulteraría el juego limpio y libre del mecanismo de la obtención del voto. Es cierto que nuestro sistema no admite el mandato imperativo, pero ello no es base suficiente para admitir y transigir con cualquier forma torticera y fraudulenta del cambio de orientación del sentido del voto, en relación con el que originariamente se había solicitado. No se discute la posibilidad de que, en el devenir de la vida política, se produzcan desavenencias en el seno de las formaciones políticas de las que se forma parte o bien un cambio del sentido y de la voluntad política, que sirvió de apoyo para la elección. Ahora bien, esta mutación del signo del voto se debe fundamentar en una comunicación previa, directa y sincera, con los electores o la opinión pública en general y debe obedecer a móviles admisibles en una sociedad

democrática. Pero lo que debe ser rechazado, de manera rotunda y tajante, es la intervención de circunstancias bastardas o torticeras que sean la única causa y justificación del cambio del sentido del voto o la utilización de la abstención como elemento favorecedor de otras opciones políticas.

Como señala acertadamente la Sentencia recurrida, el concepto constitucional de cargo público, que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución, se caracteriza necesariamente por las ideas de desinterés privado y confianza pública, es decir, por su orientación hacia tareas y responsabilidades distintas de los intereses de quien ocupa el cargo. Actuar en representación de, es el rasgo propio y característico de los que ocupan cargos en el seno de los órganos dirigentes. Los intereses generales del pueblo, se sirven a través de una voluntad oficial y pública y podríamos añadir sincera, en cuanto que se trata de una comisión o encargo, que está revestida de unos caracteres objetivos que deben servir inicialmente a la voluntad de los sujetos representados.

En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores, por lo que la acción que ha llevado a cabo el recurrente será, en todo caso, injusta aun cuando no constituya una infracción tipificada que conlleve sanción.

Siguiendo la acertada línea marcada por la Sentencia recurrida, en el caso presente resulta más favorable el Código de 1973 ya que permite la aplicación de beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo y, por otro lado permite moverse en una franja punitiva inferior a la que resultaría de la aplicación del nuevo Código Penal.

Por último, abordaremos la cuestión relativa a la inaplicabilidad del artículo 390 del anterior Código, ya que su contenido está previsto exclusivamente para los supuestos en los que no media un acto injusto tan meridianamente diseñado como el que ha sido objeto de nuestra atención. Es una especie de tipo residual, que sólo entra en juego, cuando se corrompe al funcionario con dádiva o regalo para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Creemos además, en refuerzo de esta postura, que el ofrecimiento de una importante suma de dinero y de un cargo de Concejal con un determinado sueldo, va mucho más allá del concepto social de dádiva o regalo ya que supera con mucho la previsión del artículo mencionado que contempla la posibilidad de consumir el cohecho por medio de un acto de donación o liberalidad.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Quinto. El motivo tercero de este recurrente se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia genéricamente la vulneración de un precepto penal sustantivo.

1. En el desarrollo del motivo precisa un poco más su pretensión impugnativa y en definitiva solicita que se vea beneficiado por la nueva ubicación sistemática del artículo 423 del nuevo Código Penal respecto del anterior artículo 391 del Código derogado, cuya interpretación sistemática da lugar, en su opinión, a la atipicidad de la conducta que se le imputa.

Sostiene que no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia consideraba atípica la conducta del particular que corrompía, intentaba corromper o aceptaba las solicitudes de dádiva del funcionario cuando perseguía la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido. Reconoce no obstante que esa postura se ve-

nía sosteniendo en la jurisprudencia anterior al año 1993 en el que se inicia un cambio de rumbo que posibilita una interpretación amplia y penalizadora para el particular. A pesar de ello insiste en que el nuevo Código ha venido a establecer una nueva ubicación del artículo 423 (antiguo art. 391 del Código de 1973) que se encontraba situado inmediatamente después de todas las modalidades de cohecho, tanto las denominadas propias como las impropias (arts. 385, 386, 387 y 390 del Código de 1973), mientras que el nuevo Código ha situado el precepto que nos ocupa en otro lugar sistemático, hallando acomodo tras las modalidades más graves de cohecho, tipificadas en los artículos 419, 420 y 421 del nuevo Código Penal. En su opinión, este cambio debe interpretarse en el sentido de restringir el alcance del artículo 423, que ahora sólo es proyectable a las modalidades más graves de cohecho que lo anteceden (arts. 419, 420 y 421).

Considera que este cambio sistemático debe interpretarse en el sentido de que el Código no ha querido extender la sanción del particular a todas las modalidades de cohecho por lo que termina solicitando que se le aplique el nuevo Código como ley penal más favorable.

2. La cuestión es una variante del tema introducido en el motivo segundo, que ya hemos contestado en el fundamento de derecho cuarto. Al encontrarnos ante un acto injusto la tipificación aplicable del nuevo Código sería el artículo 420 y no el 423, como pretende la parte recurrente. Nos remitimos a lo anteriormente expuesto para rechazar también este motivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 diciembre 2000)

ARTÍCULO 432

Bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos. Exigencia de que el funcionario tenga los caudales a su cargo por razón de sus funciones

Cuarto. Finalmente, ha de correr la misma suerte el motivo de casación formalizado en primer lugar, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, en que se denuncia la aplicación indebida a los hechos probados del artículo 432 del CP por cuanto –según se alega– el acusado, hoy recurrente, no tenía a su cargo ni a su disposición los caudales públicos de los que dispuso. El artículo 432 exige, para que el delito de malversación quede integrado, que el funcionario «tenga a su cargo por razón de sus funciones» los caudales o efectos públicos que sustrajere o consintiere que otro sustraiga. Este requisito ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico protegido mediante la punición de esta conducta, que no es sólo la indemnidad del patrimonio público –SSTS de 27-5-1993 y 14-10-1997– sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios. De acuerdo con esta interpretación, ya la Sentencia de 26 de junio de 1989 recordó ser doctrina reiterada de esta Sala

que «no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al Cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público». Esta doctrina se ha ido precisando progresivamente en los últimos años y así, en la Sentencia de 14 de mayo de 1992 el elemento del tipo a que nos referimos fue caracterizado como «una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal de que, en el primer caso, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material», términos que se reproducen substancialmente en la Sentencia de 1 de febrero de 1995. Más recientemente, las Sentencias de 5 de junio de 1998 y 5 de octubre de 1999 han perfilado el sentido de la expresión legal de forma especialmente interesante para la resolución del caso enjuiciado en la Sentencia recurrida. En la primera de ellas, relativa a un funcionario destinado en el área de programación del INEM que introdujo en un ordenador los datos precisos para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes, se dice que con la expresión «que tenga a su cargo» utilizada en el Código Penal «se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos». Y en la segunda se señala que «tener a su cargo significa, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario». Si proyectamos los criterios inspiradores de esta doctrina jurisprudencial sobre los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, en los que consta que el acusado, teniendo a su cargo la confección de nóminas en la Sección de Pago y Seguimiento del INEM, desvió una importante suma de dinero público, administrado por dicho organismo, en beneficio de personas a las que indebidamente incluía en nómina para que percibiesen prestaciones de desempleo a que no tenían derecho, expidiéndoles recibos para que cobrasen las prestaciones en el Banco concertado con el INEM y percibiendo normalmente un tanto por ciento de los que así resultaban injustificadamente beneficiados, tendremos que llegar forzosamente a la conclusión de que no ha sido indebidamente aplicado a tales hechos el artículo 432 del CP, porque nos encontramos ante una sustracción de caudales públicos llevada a efecto por un funcionario que, mediante la confección de nóminas y expedición de recibos para el cobro de unas prestaciones indebidas, realizaba actos dispositivos en el ejercicio de la competencia que le había sido asignada dentro del organismo público en que prestaba servicios. Al acusado no se le había encomendado la custodia material del dinero que sustrajo pero, sin duda alguna, tenía competencia para confeccionar las nóminas, ocasión para incluir en ellas nombres de personas que no tenían derecho a percibir el subsidio de desempleo y posibilidad, en consecuencia, de disponer, en beneficio de terceros y del suyo propio, de caudales públicos como efectivamente hizo. Se rechaza, pues, el primer motivo del recurso y se desestima éste en su conjunto por no haberse producido en la Sentencia recurrida la infracción legal que se pretende.

(Sentencia de 1 diciembre 2000)

ARTÍCULO 435.3

Malversación de caudales: elemento subjetivo; irrelevancia del hecho de que los bienes no estuvieran valorados

Segundo. El primer motivo de casación de este acusado se formula al amparo del artículo 849.1.º LECrim. En un desarrollo un tanto confuso y asistemático, se denuncia la indebida aplicación del artículo 435.3 del vigente CP toda vez que no se encontraba en vigor en la fecha en que se produjeron los hechos declarados probados, como también resultaba inaplicable, según el recurrente, el artículo 399 del CP de 1973 «al no corresponderse exactamente la conducta que se le imputa a mi patrocinado con el contenido del artículo 399».

Esta censura se fundamenta por la parte recurrente en dos consideraciones. En primer lugar haciendo un examen comparativo entre el artículo 435.3.º CP vigente y el 390 del anterior subraya la diferencia de contenido entre ambos, destacando que el precepto vigente cuando acaecieron los hechos aludía a los depositarios de caudales embargados pertenecientes a particulares, en tanto que el actual artículo 435.3.º CP hace referencia a los depositarios de dinero o bienes embargados. Argumenta el motivo que en el caso enjuiciado el acusado en ningún momento fue nombrado depositario de caudales o efectos públicos, sino de bienes de propiedad particular, de manera que en ningún caso la maquinaria y las prendas de vestir embargadas podrían tener aquella consideración. En segundo lugar, señala el recurrente que para que los bienes objeto del embargo y depósito pasen a tener la consideración de caudales públicos hubiera sido necesaria la celebración de la subasta y el remate como única forma de determinar el valor real de los mismos.

El motivo, oscuro en su desarrollo y contradictorio en ocasiones, debe ser desestimado.

La estructura de la figura delictiva de malversación impropia que se recogía en los artículos 394.4 y 399 del CP derogado no ha sido modificada en sus homólogos artículos 432.1.º y 435.3.º CP vigente salvo en el aspecto penológico. Los elementos que configuran el tipo son los mismos en uno y otro Código: *a)* un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; *b)* una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege*, el ejercicio de función pública, para cumplir su misión; *c)* la aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del Juez, luego que los recibe para su custodia o depósito; *d)* un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir la disposición, bien en la «sustracción» o «consentimiento» para ello y cuantas formas más específicas puedan imaginarse para sustraer aquéllos del destino que, por razón de la traba, están reservados en el procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito. Debiendo resaltarse que se precisa la formal y expresa aceptación por parte de la persona designada, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae.

La condición de caudales públicos de los bienes de propiedad particular embargados y depositados ha sido reiteradamente afirmada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, pudiéndose citar a título de ejemplo la STS de 22 de octubre de 1986 que recuerda que la ley atribuye en estos casos el carácter de caudales pú-

blicos a bienes que naturalmente no lo tienen pero que ficticiamente se le atribuye tal carácter en virtud del embargo o secuestro de los mismos. Y así, al interpretar el hoy derogado artículo 399, se confirmaba la comisión de este delito por el particular propietario de bienes embargados judicialmente que quedan en su poder en concepto de depósito «porque al ser investido del cargo de depositario le incumbe el ejercicio de una función pública, y los objetos a él confiados, aun cuando contienen en su patrimonio, se hayan afectos al cumplimiento de la resolución judicial» (véase STS de 11 de marzo de 1985).

Tampoco tiene relevancia la segunda censura que se formula. Es cierto que en el *factum* de la Sentencia impugnada no se especifica el valor de los bienes embargados, y que en el artículo 394 del CP derogado la sanción dependía de la cuantía de los bienes malversados. En cualquier caso, sin embargo, la pena impuesta al acusado ha sido de tres años de prisión, equivalente a la prisión menor que se establecía en el viejo artículo 394.2.º cuando el valor de los caudales o efectos públicos fuera superior a 30.000 pesetas, lo que inequívocamente sucede en el caso enjuiciado si atendemos a la descripción de los bienes embargados y depositados sino también al hecho de que los mismos fueron trabados para garantizar el pago de una deuda de cinco millones, por lo que no cabe duda alguna de que su importe económico debía ser incluso superior a esta cifra.

Finalmente, tampoco puede tener acogida la alegación del recurrente según la cual los bienes de propiedad particular objeto de depósito judicial no adquieren la naturaleza de caudales públicos hasta que se hubieran adjudicado en subasta e ingresado el dinero obtenido en las arcas públicas, pues a este respecto, los mencionados bienes adquieren la condición de públicos por la naturaleza del destino a que están afectados en virtud de disposición judicial, sin que sea necesaria la incorporación efectiva de su valor pecuniario a los fondos públicos de una manera formal, siendo suficiente que ese destino sea el previsto legalmente.

En conclusión, los hechos declarados probados integran tanto el tipo de malversación impropia del artículo 399 CP 1973 como la figura delictiva del 435 actualmente vigente, y siendo más favorable al reo este último al ser notoriamente menos severa la pena del artículo 432.1 que la establecida en el 394 del derogado Código, la aplicación por el Tribunal *a quo* de los preceptos del actual ha sido plenamente acertada al concurrir en el hecho de autos todos los elementos que configuran el tipo delictivo sancionado.

Tercero. Porque, contra lo que sostiene el recurrente en el segundo motivo —que se formula por el cauce del artículo 849.1.º LECrim— concurre sin duda el elemento subjetivo del injusto. Alégase en esta censura, como fundamento del reproche de indebida aplicación del artículo 435 en relación con el 432.1.º CP, que no se declara probado en el *factum* de la Sentencia que haya existido ánimo de lucro por parte de este acusado.

Lo primero que debe hacerse ver es que el elemento subjetivo del delito no es propiamente un «hecho» y por lo tanto no debe figurar en la declaración de hechos probados de la Sentencia; porque lo que la persona sabe, quiere, conoce o pretende son factores íntimos que se albergan en el interior de la conciencia y de la mente, que no son susceptibles de apreciarse sensorialmente; por ello mismo, la determinación de la concurrencia de estos componentes anímicos que integran el elemento subjetivo solamente cabe mediante un proceso intelectual de inferencia a través del análisis de las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores al evento que sustentan el juicio de valor deducido al respecto, pero no por

prueba directa de lo que no siendo un hecho físico y material, no cabe incluir en el relato fáctico.

Por lo demás, y en lo que atañe al delito de malversación impropia que examinamos, la doctrina prevalente de esta Sala viene señalando que esta figura jurídico-penal no constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos, por lo que no es imprescindible para que se considere perpetrado que conste ni la lesión patrimonial que del mismo se haya podido derivar, ni que el ánimo tendencial del autor sea precisamente el lucro como aprovechamiento personal o de un tercero de los bienes distraídos de su finalidad pública. Se ha considerado asimismo que el bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los caudales del Estado junto a la propia fidelidad al servicio de las funciones de quienes de ellos disponen, razón por la cual la conducta típica nuclear de «sustraer» o «consentir en la sustracción» son equivalentes a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes de su destino o desviándolos del mismo, no exigiéndose –aunque normalmente lo acompañe– un ánimo de lucro (véanse SSTs de 24 de enero de 1986, 27 de marzo de 1987, 9 de febrero de 1992, 27 de mayo de 1993, 24 de febrero de 1995, entre otras).

En cualquier caso, el debate carece de sentido, puesto que el estricto respeto a los hechos declarados probados y a los datos de carácter fáctico que figuran en la motivación jurídica de la Sentencia recurrida, permiten inferir con absoluta racionalidad que la actividad del acusado no obedecía a designio distinto que el disponer de los bienes embargados de los que era depositario apartándolos del fondo de depósito constituido judicialmente para evitar a la empresa a la que pertenecía aquél la pérdida de los mismos, consiguiendo de ese modo un beneficio o utilidad económica que no admite duda. Debe señalarse, por último, que el propósito de lucro surge desde el momento en que se ejecuta un acto de disposición de los bienes sobre los que ya no se detenta esa facultad propia del propietario, destinándolos a fines distintos de aquellos a los que estaban afectados legalmente, de manera que el disponer como propios de unos bienes o efectos que ya no lo son, vulnerando conscientemente las restricciones que prohíben esos actos de disposición dominical configuran dichos actos como constitutivos y reveladores de aquel *animus*.

(Sentencia de 25 febrero 2000)

ARTÍCULO 464

Delito de obstrucción a la Justicia: amenazar a intervinientes en el proceso que atribuyen responsabilidad al acusado, sin que sea relevante el que las diligencias estuviesen archivadas provisionalmente por no conocerse el paradero del último

Único. El artículo 849.1.º de la LECrim es utilizado por el recurrente –cuyo representado ha sido condenado como autor de un delito de obstrucción a la Justicia– para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 464 del CP.

El planteamiento de tal propuesta impugnativa resulta absolutamente novedoso y, como tal, quedó sustraído al debate que, bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción e igualdad de armas, se desarrolló en la instancia. Dicha cuestión ya sería suficiente –so pena de violentar inadmisiblemente los referidos postulados– para rechazar el alegato del recurso e inasumir una estrategia defensiva en cuyo seno y en momento procesal oportuno únicamente se postuló –frente a la tesis del Ministerio Público– la libre absolución del acusado. A mayor abundamiento, el obligado respeto al *factum* impuesto por la vía casacional elegida refuerza definitivamente la decisión del rechazo del motivo en tanto que en la narración de los hechos probados aparecen comprendidos los elementos del tipo descrito en el precepto sustantivo que se dice impugnado destinado a ofrecer una específica tutela del derecho a acudir en cualquier condición ante los Tribunales de Justicia y cuya acción esencial se contrae a los intentos realizados con violencia o intimidación para influir en la conducta de los intervinientes en un proceso, lo que implica una acción cuyo esquema estructural es el propio de una tentativa en la que el autor realiza actos con una específica finalidad cuya consecuencia es imprescindible para la existencia de la infracción penal.

Por otra parte, y aun admitiendo, a efectos dialécticos, la apertura del debate en este trance, tampoco sería posible acoger la tesis recurrente con la que se pretende anular los efectos obstructivos para la Administración de Justicia de la conducta enjuiciada, aludiendo al estado de un proceso que sirve de referencia a ésta transformando aquélla en una simple falta de amenazas.

La situación de sobreseimiento provisional y consecuente archivo de igual naturaleza de las diligencias previas 2971/1996 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid no son óbice para excluir la comisión del Delito que ahora se enjuicia y ello porque la provisionalidad enunciada significa que la causa está viva y la interrelación que la misma contiene respecto al posterior comportamiento del acusado se mantiene como soporte determinante de una actividad tendente, por dicha circunstancia antecedente, a alterar, obstruyendo el curso normal de las actuaciones judiciales en curso, aunque temporal y provisionalmente paralizadas, máxime cuando –como dice la combatida en el inciso final del fundamento jurídico segundo– «queda acreditado que, si bien obra en el procedimiento el sobreseimiento provisional de las actuaciones por las diligencias previas 2971/1996 ya referenciadas, el mismo es decretado por la imposibilidad de un primer momento de averiguación del domicilio y paradero del acusado, volviéndose nuevamente a seguir las actuaciones, tal y como se acredita a los folios 102 y ss. en el sentido de deducirse testimonio del folio 41 y ss. en relación con las Diligencias Previas referenciadas, por lo que se evidencia que cuando se producen las amenazas no existe resolución exculpatoria definitiva de la causa» (*sic*). Por todo ello, hemos de ratificar la anunciada desestimación del recurso.

(Sentencia de 7 febrero 2000)

No existe delito de obstrucción a la Justicia cuando se actúa violentamente contra Letrado por el asesoramiento recibido pero sin estar directamente vinculado con la intervención en un proceso judicial

Sexto. El único motivo del recurso interpuesto por la representación de la acusación particular, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega la vulneración por falta de aplicación del artículo 464.2.º del Código Penal. Considera la parte acusadora que la condición del recurrente como Letrado en el procedimiento conyugal previo fue la determinante de la agresión sufrida por parte del acusado, por lo que el hecho debió ser calificado como una actuación realizada «en represalia» de la intervención del recurrente en dicho procedimiento y sancionado como delito del artículo 464.2.º del Código Penal 1995.

La Sala sentenciadora justifica la inaplicación del artículo 464.2.º razonando que:

«En relación con el delito de obstrucción a la Justicia, el artículo 464.2 sanciona cualquier atentado contra la vida, integridad corporal, libertad sexual o bienes de quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo de un procedimiento judicial y como represalia de su actuación en dicho procedimiento. El tipo del delito impone, así pues, no sólo la concurrencia del factor objetivo de la cualidad de la víctima y su participación en un proceso, sino asimismo el subjetivo de que el culpable obre en represalia o venganza por la actuación de alguno de aquéllos en el estricto ámbito de dicho proceso, constituyendo un elemento subjetivo del injusto la finalidad de represaliar (SSTS de 15-3-1990, 26-11-1991 y 21-2-1992). En este caso fue el Letrado que participó en tal condición en el proceso de separación conyugal del acusado, y luego, además, intervino en defensa de los intereses de la esposa y de los hijos comunes promoviendo un incidente a fin de obtener el cumplimiento por el marido de las obligaciones económicas decretadas en Sentencia. Pero el móvil que presidió la conducta ahora enjuiciada no guarda sino una lejana relación con los expresados asuntos judiciales, pues lo que generó la actitud del acusado fue la negativa de don Eugenio, como Abogado asesor de la esposa, a aceptar, promover o facilitar de algún modo su deseo de que los hijos comunes permanecieran con él durante los dos días siguientes. La actuación del Abogado en este caso queda estrictamente definida por haberse remitido a su criterio su cliente al ser consultada al respecto por la madre del acusado, y éste no pretendía de don Eugenio, cuando comunicó con él a través del Procurador, ninguna gestión ante los Tribunales ni la alteración de un régimen de visitas establecido en una resolución judicial, sino su mediación en un problema originado al margen del proceso, pues la negativa de dicho profesional fue el factor desencadenante de los sucesos posteriores. La cualidad de Abogado fue, por cierto, determinante de la comisión del delito, pero en modo alguno estaba vinculada con el proceso judicial precedente, sino que podría entenderse conectada con una más amplia tarea de asesoría o intermediación que también compete a dichos profesionales. La venganza o represalia debe conectarse con tal actuación extraprocésal y no con los trámites sustanciados ante el Juzgado. El delito de referencia trata de salvaguardar el fiel cumplimiento de las competencias o funciones atribuidas legalmente a las personas que cita el precepto por la inseguridad que pue-

de generar el temor a la represalia, y ello con la finalidad de preservar el buen fin del proceso judicial en que intervengan, pues la justicia de las decisiones o medidas que puedan adoptarse en su ámbito, o, dicho de otro modo, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, es el bien jurídico tutelado (SSTS de 1-4-1992 y 29-11-1994), debiendo extraerse de su órbita de aplicación las acciones extrañas a la intervención profesional en un procedimiento judicial pendiente o concluido».

Esta fundamentación debe estimarse correcta y suficiente para la desestimación del motivo.

El principio de taxatividad de los tipos penales impide efectuar una interpretación extensiva que incluya en los mismos comportamientos lindantes con la descripción típica pero en realidad externos a ella. En el supuesto actual es claro que la actuación del recurrente como Letrado en el procedimiento de separación y en la ejecución judicial de lo acordado no determinó actuación de represalia alguna por parte del acusado, y fue una intervención posterior, en una incidencia relacionada con el proceso pero en realidad ajena a ella (la solicitud de la madre del acusado para que, con independencia de lo acordado judicialmente, pudiese éste pasar la nochebuena con sus hijos, después de varios años en que los menores habían pasado dicha festividad con la madre), la que suscitó en realidad la injustificada reacción violenta contra el recurrente, en quien la madre de los menores había delegado la decisión que fue negativa.

El artículo 464 del Código Penal de 1995 acoge un régimen de específica tutela de los partícipes en un proceso jurisdiccional que no puede extenderse, sin forzar el principio de legalidad, a todos los supuestos de asesoramiento letrado no directamente vinculados con la intervención en un proceso.

Aun cuando el supuesto actual se encuentre en el límite, se estima procedente, por las razones expuestas por el Tribunal sentenciador, mantener el criterio de la Sentencia impugnada por no extender excesivamente el tipo más allá de sus límites específicos.

(Sentencia de 11 de diciembre de 2000)

ARTÍCULO 467

Deslealtad profesional de Abogado de oficio que no presenta a tiempo escrito de acusación: falta de un perjuicio manifiesto Elementos del delito

Segundo. Por el cauce casacional previsto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 360 del CP 1973, reprochando el recurrente en un breve escrito de formalización del motivo –al que tenemos de atenernos por exigencias de técnica casacional– que se ha producido en el caso enjuiciado un manifiesto perjuicio, ya que aunque la acusación pública existió efectivamente en el juicio de referencia, el Abogado acusado «no cumplió diligentemente con su obligación, sino que fue negligente en su actividad profesional, ya que si no la figura del acusador particular desaparecería en cuanto

que el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar las acciones penales, salvo las que se reserven exclusivamente a la querrela privada». Es evidente, pues, que el recurrente no ha precisado el concreto perjuicio que le ha sido causado a su cliente con la inactividad ocasionada por el Letrado acusado. Y tal perjuicio debe venir explicitado en la Sentencia recurrida, por evidentes exigencias de dicha técnica casacional, dada la vía elegida por el autor del recurso, en razón a la naturaleza extraordinaria de esta impugnación. Como quiera que tal perjuicio es, en todo caso, una inferencia interpretativa, nosotros consideramos que efectivamente se ha causado un perjuicio a la parte recurrente, aunque debemos analizar si tal perjuicio satisface las exigencias del tipo penal por el que fue acusado el hoy recurrido.

Tercero. El artículo 360 del CP 1973 castigaba al 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. El artículo 467.2 del CP 1995, más favorable por restrictivo, y de obligada observancia por consiguiente, sanciona penalmente al Abogado o Procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, añadiendo también el tipo culposo por imprudencia grave. Como dice la Sentencia de esta Sala, de 31 de mayo de 1999, 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 y respetuosa con el principio de legalidad 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». Éste 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.

El tipo penal, pues, requiere como elementos integradores: *a)* que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano; *b)* desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; *c)* como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y *d)* desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, según se expone en la Sentencia citada anteriormente, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional (en el caso, art. 39 RD 2090/1982, Estatuto General de la Abogacía), bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al «perjuicio» del artículo 360 del CP 1973 la mención «perjudique de forma manifiesta» los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese *plus* en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos. Y eso es precisamente lo que no ocurre en el caso de autos, al menos en la forma en que viene narrado en el relato histórico de la Sentencia recurrida, intangible en esta vía casacional, dado el cauce elegido por el recurrente. Ni se produjo perjuicio por falta proposición de alguna prueba, ya que éstas se propusieron por el Ministerio Fiscal, ni por la penalidad impuesta, ya que el Tribunal condenó al autor del hecho, en la forma que el Derecho lo permitía, ni los perjuicios morales de la agresión se produjeron a la menor como consecuencia de la actuación del abogado acusado, sino del condenado en el juicio penal. Cierto es que hubo una actuación omisiva, que fue la falta de presentación de los escritos citados, y su misma inactividad profesional, pero ello constituye el primer elemento del tipo; ahora bien, tal omisión no es suficiente para su integración penal, si no concurren los elementos objetivos y subjetivos que se exigen en el mismo. Y si es cierto que hubo un perjuicio para los intereses de la defensa que tenía encomendada, tal perjuicio, en el caso sometido a nuestra consideración, en razón de que fueron satisfechos tales intereses por un órgano público, como es el Ministerio Fiscal, no resulta manifiesto, interpretado en el sentido de palpable, patente, palmario, u ostensible, ya que ese perjuicio manifiesto justifica la intervención del Derecho penal para corregir la desatención profesional del acusado, abriéndose otras vías reparadoras en caso contrario. Ningún perjuicio se ha determinado en el escrito de interposición de este recurso, como hemos transcrito más arriba, sino que no cumplió diligentemente con su obligación profesional. El perjuicio, que ordinariamente es patrimonial o puede tener una traducción en este orden, y así se recoge en la jurisprudencia de esta Sala, puede también ser moral (Sentencia de 17 de diciembre de 1997, con cita de las de 4 de julio de 1968, 3 de abril de 1974 y 11 de abril de 1977). En este caso así sucedería, ya que no hay perjuicios patrimoniales acreditados derivados de tal comportamiento, y los morales, dado que se cumplió la satisfacción judicial de los intereses de la recurrente, por la vía del Ministerio fiscal, obteniéndose una Sentencia conforme a derecho, a través de los Tribunales del orden jurisdiccional penal, no puede decirse que adquiriesen el carácter de la norma penal como palpables o manifiestos, por lo que, conforme ha interesado también el Ministerio fiscal en esta instancia y en la anterior, hemos de desestimar el recurso, sin perjuicio de que se ponga en conocimiento esta resolución por el tribunal *a quo* del Colegio de Abogados de Barcelona, a los efectos que procedan.

(Sentencia de 14 julio 2000)

ARTÍCULO 550

Atentado: delimitación frente a resistencia. Acometimiento contra agentes de policía con vehículo con el que se pretende huir

Sexto. (...) 1. En síntesis sostiene que está indebidamente aplicada la figura del delito de atentado, ya que, a su juicio, los hechos debieron ser calificados como un simple delito de resistencia grave a la autoridad. Recuerda cuáles son los requisitos jurisprudenciales exigidos para la existencia del delito de atentado y considera que no existe el dolo específico de menospreciar el principio de autoridad. Hace especial hincapié en el contenido del fundamento de derecho cuarto, en el que se reconoce que «aun cuando el acusado no tuviera la intención de atropellar a ningún policía, pues su evidente finalidad era escapar del cerco policial» lo que evidencia, a su juicio, la inexistencia del ánimo de acometer y que su verdadera intención era la huida.

Resalta que el único policía que manifiesta que tuvo que tirarse al suelo a fin de evitar ser alcanzado por el vehículo es el que realiza, acto seguido, dos disparos contra el vehículo conducido por el recurrente, lo que demuestra, a su juicio, que pudo disparar con puntería muy certera.

2. La modalidad casacional elegida nos lleva, de manera estricta y limitada, al contenido del relato de hechos probados. En él se dice que los policías se identificaron convenientemente mediante la exhibición de sus placas y que, cuando se dirigían hacia el vehículo para proceder a la detención de sus ocupantes el conductor, que era el acusado, «realizó un brusco giro para intentar escapar teniéndose que apartar los agentes para no ser arrollados». Después de describir una serie de maniobras de evasión, sigue diciendo el hecho probado, que un agente tuvo que apartarse para no ser embestido.

3. Conviene advertir que la figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal, cuya aplicación pretende el recurrente, queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que la resistencia típica, consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad a sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Si esta resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 del Código Penal. También existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes.

La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada) con la utilización de medios agresivos materiales, como por supuesto el disparo con arma de fuego y además el intento de atropellamiento mediante un vehículo, como sucede en el caso presente ya que su peligrosidad es evidente y no sólo se pone en riesgo la integridad física de los agentes de la autoridad, sino que se trata de evitar las órdenes de detención que ostensiblemente se reali-

zaron. En el caso presente, se desprende del relato de hechos probados, que el acusado dirigió el vehículo contra los agentes con objeto de procurarse la huida y que éstos tuvieron que apartarse para no ser arrollados. Además se relata un segundo episodio en el que otro agente tiene que apartarse para no resultar embestido, con lo que se perfila nítidamente el acometimiento o empleo de fuerza que constituye la esencia del atentado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 18 marzo 2000)

Atentado versus resistencia: criterios

Tercero. Ya por rigurosa infracción de ley sustantiva se acusa indebida aplicación del artículo 551.1 en relación con el 550, ambos CP, y correlativa falta de aplicación del 556 del mismo Texto, todo ello referido al delito de atentado a agentes de la autoridad por el que también se condena al recurrente a la pena de un año de prisión.

En el desarrollo del motivo se argumenta que en todo caso los hechos deberían ser calificados con arreglo al tipo de resistencia simple o no grave (art. 556 CP), no desprendiéndose «que concurra elemento subjetivo suficiente y la existencia de un dolo específico de menoscabar el principio de autoridad», extendiéndose en consideraciones fuera de lugar sobre los hechos, por cuanto *ex* artículo 884.3 LECrim, habida cuenta la vía casacional elegida, el respeto a los declarados probados por la Sala debe ser absoluto.

A propósito de la cuestión planteada, como ha señalado la STS de 21-12-1995, no puede ocultarse la dificultad de llegar a conclusiones firmes pues ambos delitos, atentado y resistencia, responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica. La distinción entre uno y otro tipo delictivo (antiguos arts. 231.2 y 237 CP 1973), siendo residual el segundo (hoy 556) respecto del primero, se ha basado desde siempre en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el tipo de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad (STS de 23-3-1995 y las citadas en la misma), criterio reforzado desde la publicación del Código Penal de 1995 por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el artículo 556, que no menciona a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3-10-1996 y 11-3-1997) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio, dando entrada en el tipo de resistencia no grave «a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan “acometimiento” propiamente dicho».

La reciente STS de 18-3-2000 se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 CP. Por ello los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. También debemos señalar, frente a la alegación del recurrente, que el ánimo o propósito específico de la ofensa exigido por la Jurisprudencia, es aplicable en ambos tipos penales.

Los hechos probados relativos a la presente infracción se refieren a que estando el acusado «detenido en la Comandancia de la Guardia Civil de Totana por los referidos hechos (se refiere al robo), aprovechando que le quitaron los grilletes para firmar una diligencia, dio un tirón para desasirse del agente que le tenía cogido e intentó golpearle, tirándose al suelo donde fue reducido por varios agentes mientras daba patadas a los mismos sin llegar a producirles lesiones». Pues bien, de dicho relato se deduce como calificación más apropiada la correspondiente al tipo previsto en el artículo 556 CP constitutivo de la resistencia pasiva: *a)* en primer lugar, por cuanto la acción descrita se concreta en la acción de desasirse del agente, previo tirón, una vez liberado de los grilletes, lo que no conlleva propiamente acortamiento. Es cierto que a continuación se afirma «... e intentó golpearle...», pero ello no es dissociable de lo anterior, formando una sola acción con relevancia jurídica cuya finalidad es sustraerse al control de los agentes; *b)* el segundo inciso, «... tirándose al suelo...», tampoco constituye un supuesto de resistencia activa de contornos precisos, reacción abrupta si se quiere, pero por ello subsumible en el artículo 556, inciso primero, CP, pues es preciso un cierto grado de fuerza física para distinguir resistencia y desobediencia grave; y *c)* enlazando ambas secuencias, en su conjunto, la actitud del acusado es predominantemente pasiva.

(Sentencia de 5 junio 2000)

ARTÍCULO 552

Atentado: requisitos. Automóvil dirigido contra agentes que tienen que apartarse para no ser arrollados. Es autor el conductor, no el copiloto al no acreditarse inducción. No existencia de concurso medial con uso de vehículo y conducción temeraria

Primero. (...) 4. Como señala acertadamente un sector de la doctrina, la jurisprudencia tradicional ha considerado que el bien jurídico protegido en el delito de atentado, radica en la necesidad que toda sociedad organizada tiene de proteger

la actuación de los agentes públicos, para que éstos puedan cumplir sus funciones de garantes del orden y de la seguridad. En consecuencia derivaba sus conclusiones hacia la existencia, en todo delito de atentado, de un propósito de atacar al principio de autoridad que estos agentes encarnaban.

En una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas.

Proyectando el contenido del hecho probado sobre los elementos necesarios para configurar la existencia del delito de atentado, debemos comprobar si se dan los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para configurar la existencia del delito de atentado:

a) La condición de autoridad, agente o funcionario público de los acometidos. Es incuestionable que en el caso presente el acometido, funcionario de la policía nacional, ostentaba sin lugar a dudas la condición de agente de la autoridad exigido como elemento normativo por el tipo básico de atentado.

b) Acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia también grave. En el supuesto que estamos examinando, existe un acometimiento configurado por el hecho de dirigir el automóvil que conducía, contra el agente de la autoridad que, en el primer caso, tuvo que hacer una maniobra para esquivarlo y evitar el impacto y, en el segundo, tuvo que arrojar al suelo para no ser arrollado. Acometer es tanto como atacar a alguien, dirigiendo físicamente golpes o impactos contra la persona agredida y este requisito se revela, inequívocamente existente, en la acción de dirigir el automóvil contra la persona del agente de la autoridad.

c) Por último se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de evitar o impedir que el agente de la autoridad pueda desempeñar legítimamente y sin trabas las funciones de garantía de la conveniencia social que tiene encomendadas.

Estos tres componentes del tipo básico del atentado confluye en el caso presente, por lo que no existen dudas sobre la correcta aplicación del tipo básico de atentado.

5. Finalmente, abordaremos el tema planteado en torno a la indebida aplicación del tipo agravado, que se contempla en el artículo 552.1 del Código Penal en los casos en que el atentado se realice con armas u otro medio peligroso. Descartando cualquier interpretación extensiva del concepto de armas, no dudamos en declarar que la utilización de un automóvil en marcha para dirigirlo contra una persona, integra un acometimiento incuestionablemente peligroso para el que lo sufre. El medio utilizado significó un peligro potencial y real para la vida y la integridad física del agente de la autoridad. Centrándonos exclusivamente en la valoración de esta circunstancia agravatoria, debemos concluir que un vehículo de motor rodante, por su estructura y composición, se convierte en un medio o instrumento peligroso que agrava la figura básica del atentado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Segundo. El segundo motivo, también por el recurrente, se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha vulnerado el artículo 77 del Código Penal, por inaplicación al caso presente.

1. Sostiene la parte recurrente que la acción de huir con el vehículo es una acción conexas con la de no obedecer el orden de parada y conducir a gran velocidad, concatenadas ambas, con unidad de propósito, para conseguir el fin último: el lograr no ser detenidos. Añade que al encontrarnos ante una unidad de acción, procede aplicar las normas del concurso de delitos contenida en el artículo 77 del Código Penal, al ser el delito de conducción temeraria el medio para cometer el de desobediencia por lo que procedería corregir la pena impuesta.

2. El artículo 77 del Código Penal contempla dos posibilidades diferentes, para conseguir una unidad punitiva en los casos en que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. En los casos de unidad naturalística de la acción, se descomponga en un efecto pluriofensivo, nos encontramos ante un solo hecho o comportamiento que recibe dogmáticamente la denominación de concurso ideal. Pero también se contempla, en el precepto citado, la posibilidad de la existencia de una dualidad o pluralidad de acciones que están concatenadas de manera que una de las conductas delictivas, se constituye en medio necesario para cometer otra diferente pero íntimamente relacionada. En estos casos se contempla la posibilidad de concentrar la pena sobre la infracción que sea reputada más grave en función de la pena prevista por la ley, salvo que este mecanismo nos lleve a una pena de más duración que la que resultaría de penar ambas infracciones por separado.

3. En el caso presente nos encontramos ante un supuesto en el que inequívocamente existe una dualidad de acciones (conducción temeraria y atentado), netamente diferenciadas en cuanto a su realización material y bienes jurídicos protegidos y lo que pretende la parte recurrente es que se declare la existencia de un concurso medial al considerar la conducción temeraria como un medio instrumental en cuyo marco se comete también el delito de atentado. En los casos de concurso medial, a diferencia del concurso ideal, no se produce la confluencia de leyes sobre un mismo hecho, sino la diversidad de preceptos penales vulnerados que pueden merecer un reproche unitario desplazando el más grave al de menor intensidad punitiva.

Lo esencial de la conexión delictiva radica en la exigencia de una relación o enlace medial entre las infracciones, de tal manera que una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Si no concurre esta necesidad o ineludibilidad de la comunicación o anclaje entre uno y otro delito, nos encontraremos ante un concurso real, que nos lleva a penar separadamente ambas infracciones. Es evidente que la conducción temeraria tenía como finalidad o propósito huir de la acción de la policía que pretendía detenerles, pero el comportamiento coetáneo o posterior de dirigir el automóvil con la intención de arrollar al agente de la autoridad, es perfectamente escindible y separable del anterior, por lo que no se produce la absorción punitiva que pretende la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Tercero. Los motivos tercero y cuarto que se refieren a José Carlos B. R. los trataremos conjuntamente pues ambos, acogidos al artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, coinciden en plantear que se han aplicado indebidamente los artículos 550, 551.1 y 552.1 así como el artículo 381 del Código Penal, en cuanto que el recurrente no era más que un mero ocupante del vehículo por lo que no participó en las acciones que han sido calificadas como atentado y delito contra la seguridad del tráfico.

1. Sostiene que, por aplicación estricta del principio de culpabilidad, nadie debe responder de los actos de otro y, en consecuencia, las circunstancias en que se

producen los hechos relativos a la conducción temeraria y al delito de atentado son acciones repentinas, sobrevenidas en las que no se dan las circunstancias de concierto previo, mutuo concurso o recíproca colaboración, como sí se daba en las otras acciones conjuntas que le han sido imputadas (sustracción del vehículo de motor y delito de hurto).

Alega que el recurrente no es la persona que no obedeció el orden de parada, limitándose a viajar al lado del conductor y, a la velocidad con que se produjeron los acontecimientos, no podía pedir bajarse del coche o lanzarse a la calzada con grave riesgo de su vida.

2. Así como resulta indiscutible la coparticipación de este recurrente en el delito de robo de uso del vehículo de motor y en las faltas de hurto, en relación con los delitos de atentado y contra la seguridad del tráfico se debe revisar, como plantea el recurrente, si cabe atribuirle algún género de coparticipación en estos últimos delitos. El Código Penal vigente, en su artículo 28, establece las diversas modalidades de autoría distinguiendo entre la autoría directa o mediata y las que tienen su base en la inducción o en la cooperación necesaria. Descartada la autoría directa y la mediata, sólo podemos valorar si el hecho de ir como ocupante en el asiento contiguo al del conductor, constituye la modalidad de autoría derivada de la inducción o de la cooperación necesaria.

3. No existe en la Sentencia ningún dato de carácter fáctico o complementario de éste, que permita construir una modalidad de participación inductiva sobre la base de una actuación intelectual del recurrente que animara o incitara al acusado que conducía el automóvil, a dirigirlo contra el agente de la autoridad o a escapar de la persecución vulnerando todas las normas y señales de tráfico, poniendo en serio riesgo la seguridad del tráfico. La resolución recurrida argumenta en un doble sentido: por un lado apunta la existencia de un acuerdo previo simultáneo, y al mismo tiempo imputándole que asiente a su ejecución no oponiéndose, ni realizando ninguna actividad contraria por la que se exteriorice un desacuerdo con los hechos llevados a cabo por el ejecutor material de los mismos. El pacto previo o consenso criminal sólo puede extenderse, en términos razonables, a la sustracción del vehículo de motor y a las acciones contra la propiedad que habían diseñado, pero no puede ampliarse, sin la constancia de otros datos, al hecho de dirigir el automóvil contra el agente de la autoridad o de huir a través de las calles de la ciudad vulnerando las normas reguladoras del tránsito rodado, ya que no entraban en las previsiones iniciales. En un caso como el presente, la decisión de actuar activamente contra determinados bienes jurídicos protegidos que se interponían en su camino hacia la huida, nace del otro acusado que es el que decide, al manejar los mandos, acelerar el vehículo y lanzarlo contra el agente de la autoridad, sin que haya constancia fáctica de que fue incitado por su acompañante y sin que le sea exigible al recurrente y acompañante, una acción impositiva que supusiese un peligro incluso para su integridad física. En lo que respecta al delito contra la seguridad del tráfico, se ha puesto de relieve por la parte recurrente, que no era posible que se tirase en marcha del coche, con el consiguiente riesgo que ello implicaba, por lo que no cabe atribuirle una coparticipación en un hecho que, en principio y sin otros datos complementarios, ciertos y contrastados, supongan que el copartícipe animaba o propiciaba la maniobra evasiva.

(Sentencia de 4 junio 2000)

ARTÍCULO 564

Tenencia ilícita de armas: escopeta de cañones recortados

Primero. Examinaremos, en primer lugar el recurso formalizado por Ginés S. M. que formula un único motivo al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 564.2.3.ª del Código Penal y aplicación indebida del artículo 563 del mismo Texto Legal.

1. Considera que la cuestión técnico-jurídica a dilucidar en el presente recurso es la relativa a si la modificación realizada por el acusado en las escopetas sustraídas, consistente en serrar los cañones y las culatas de las mismas, debe ser considerada como un ilícito penal del artículo 564.2.3.ª del Código Penal o, por el contrario, entra en el delito del artículo 563 del mismo Texto Legal por el que ha sido condenado.

2. El artículo 563 del vigente Código Penal castiga la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas. La pena establecida para este supuesto es de uno a tres años de prisión.

Por su parte el artículo 564.2.3.ª del mismo texto legal tipifica la tenencia de armas de fuego reglamentadas, sin licencias o permisos necesarios, imponiendo la pena de uno a dos años cuando haya sido transformada, modificando sus características originales.

Es evidente que no merece el mismo reproche penal la modificación sustancial de las características de fabricación, que la modificación de las características originales.

Al mismo tiempo, se debe distinguir entre los dos tipos penales, la referencia al objeto de la tenencia o posesión, que en el caso del artículo 563 se refiere a armas prohibidas y armas reglamentadas, mientras que en el artículo 564 la tenencia recae sobre armas de fuego reglamentadas.

3. En el caso presente la tenencia y posesión se ejerce sobre dos escopetas de caza, por lo que su condición era la de armas reglamentadas, lo que nos lleva necesariamente a establecer la distinción entre los dos tipos aplicables, en función de la naturaleza que atribuyamos a la modificación realizada al serrar sus cañones y sus culatas.

Para ello tenemos que posicionarnos en torno a lo que significa modificación sustancial de un arma y a lo que se puede entender como modificación de sus características originales. Modificación sustancial es la que actúa sobre elementos fundamentales y esenciales de tal naturaleza que varían totalmente las características y composición del arma originaria convirtiéndola en un instrumento distinto del que inicialmente estaba configurado. Así sucede en los casos en que se toma una pistola o arma de fuego y se manipula colocándole, instalándole o adaptándole un mecanismo, que la habilite para disparar munición y fuego real. En este caso se puede comprobar que el arma varía radicalmente de capacidad y de forma de utilización, convirtiéndola en una verdadera arma letal.

En el caso de las escopetas de caza, se parte de un arma que está dotada de una serie de características en cuanto a la munición que se utiliza y el mecanismo de disparo, que actúa por percusión sobre los cartuchos. Pues bien, en el caso de que se recorten sus cañones y culata, tanto la capacidad de disparar como el mecanis-

mo de percusión permanecen inalterados, por lo que la modificación sólo afecta a alguna de sus características originales sin que podamos sostener que la modificación ha sido sustancial.

(Sentencia de 2 diciembre 2000)

ARTÍCULO 568

Concurso ideal de delito de depósito de armas con el de colaboración con banda armada

Cuarto. El restante motivo de este recurrente ha sido formalizado por el cauce de los artículos 849.1 y 2 LECrim. En él se alega la infracción de los artículos 257 y 258 CP 1973 y 71 del mismo Código. La Defensa extiende sus razonamientos a los artículos 568, 573 y 77 CP. Básicamente se sostiene en el recurso que la conducta que se imputa en los hechos privados al acusado recurrente no corresponde a la de autoría del delito de depósito de armas. Entiende, en este sentido que la autoría del delito presupone la «disponibilidad» o «detentación» de las armas de guerra. Asimismo, la Defensa cuestiona la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo del delito con argumentos similares a los ya expuestos en el fundamento jurídico anterior.

El motivo debe ser estimado parcialmente.

La acción típica en torno a la cual se estructuran los tipos penales del artículo 257 CP 1973 o del artículo 568 CP es idéntica. La definición de depósito, del antiguo artículo 258 CP 1973 sigue teniendo validez en la actualidad. Por lo tanto, la autoría del depósito de armas requiere la tenencia de las mismas dentro de un ámbito de dominio del sujeto. Este ámbito de dominio se debe tener por acreditado cuando las armas se encuentran en un lugar en el que el agente tiene la posibilidad fáctica de decidir sobre su permanencia en el mismo. Estos elementos son de apreciar en el presente caso, dado que el recurrente, por su profesión de enterrador, tenía el dominio del panteón en el que escondían las armas. Su posición, por lo tanto, le permitía decidir desde cuándo y hasta cuándo las armas podían ser almacenadas clandestinamente en ese lugar. La circunstancia de que el recurrente no realizara estas acciones en beneficio propio sino para prestar ayuda a otros, no elimina la tipicidad del hecho. En efecto, el depósito de armas es, por regla, un delito de cooperación con otros delitos y, consecuentemente, se puede considerar como un tipo de cooperación punible como autoría en forma autónoma. Por tales razones, es evidente que cuando es realizado por una persona ajena a la organización terrorista se debe plantear la cuestión de cómo concurren el delito de depósito de armas con el de colaboración con banda armada, especialmente en aquellos casos en los que el depósito es la única forma probada de cooperación. En tales casos la unidad de acción es evidente y por lo tanto será necesario plantearse la cuestión de si se deben aplicar las reglas del concurso ideal o si la aplicación de los dos tipos resulta excluida por alguna de las reglas del artículo 8 CP.

En el presente caso, la unidad de acción vulnera dos bienes jurídicos, pues se trata de un depósito de armas que favorece a una banda armada y, por lo tanto, no

es aplicable ninguno de los criterios de exclusión previstos en el artículo 8.1.º, 2.º y 3.º CP. Consecuentemente se debe aplicar el núm. 4 del artículo 8 CP, pues se trata de un concurso ideal.

(Sentencia de 12 junio 2000)

ARTÍCULO 576

Actos de colaboración con banda armada: suministrar datos personales y números de matrículas de vehículos de policías a ETA sin que sea necesario un resultado delictivo concreto

Segundo. El segundo motivo se formaliza, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 (576 CP 1995), según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo.

Alega el recurrente que el delito de colaboración con banda armada exige que la colaboración sea eficaz y además la efectiva posibilidad de que la relación con banda armada se haya producido. Y que en este caso no existen elementos que permitan asociar al acusado con una banda armada, sin que su voluntad de hacerlo sea suficiente porque la voluntad no delinque; ni tampoco que permitan apreciar en su comportamiento una colaboración que pueda considerarse eficaz.

El motivo debe desestimarse: en primer lugar porque no cabe en este cauce casacional prescindir o contrariar el relato histórico de la Sentencia, sino combatir las calificaciones jurídicas que de tales hechos haga la Sentencia recurrida. En este caso la relación de colaboración viene descrita al relatar un comportamiento consistente en la localización de personas y números de matrículas de vehículos de las Fuerzas de Seguridad, y la remisión a ETA de los datos obtenidos. No puede, pues, negarse la relación con ésta, sin contradecir el hecho probado, lo que constituye un supuesto de inadmisión que en este trámite lo es ya de desestimación.

En segundo lugar la eficacia de la colaboración prestada resulta de la propia naturaleza de los datos suministrados, de indudable interés para los objetivos de la banda terrorista. Si lo que se pretende decir es que no consta que esos datos fueran utilizados de hecho para la comisión de alguna acción concreta el alegato no puede prosperar. En efecto, el tipo penal del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 denominado de «colaboración en actividades terroristas y rebeldes» constituye como señala la Sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1994 un tipo penal de simple actividad (Sentencia de 26 de mayo de 1992) y de peligro abstracto (Sentencia de 24 de enero de 1992), en el que el legislador por razones de política criminal fácilmente perceptibles ha optado por anticipar la barrera penal, homologando los antelativos y adelantados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se trata de salvaguardar (Sentencia de 26 de mayo de 1992), y solamente podrá ser aplicado cuando la actividad de colaboración tenga entidad autónoma e independiente de cualquier otra modalidad delictiva a la que haya contribuido (Sentencia de 17 de marzo de 1992), de tal

modo que este tipo penal exige que los actos que lo integren no estén causalmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto ya que, realizado éste y probada la conexión del favorecimiento con el delito cometido, entra la conducta en el área de la participación criminal que absorbería la colaboración en el caso de estar aquella más gravemente penada (Sentencia de 26 de enero de 1993). Por lo expuesto el motivo se desestima.

(Sentencia de 11 febrero 2000)

Es colaboración la puesta a disposición de un lugar de acogida, aunque no se llegue a utilizar por el miembro de la banda armada

Octavo. (...) En los hechos probados consta que aceptó acoger a Juan Carlos R. sabiendo de su pertenencia a ETA. El Tribunal *a quo* tuvo asimismo por probado que «Juan Carlos Rojo no llegó a esconderse en el domicilio de José M.^a A. en Bermeo, pese a haber quedado con él por teléfono, porque fue detenido». La cuestión planteada consiste, por lo tanto, en establecer si este hecho constituye un mero acto preparatorio de colaboración o si, por el contrario, cumple con los requisitos del comienzo de ejecución o de la consumación del delito del artículo 174 bis *a*) CP 1973.

La argumentación de la Defensa se basa en afirmar que la promesa de ocultar no puede ser punible a la luz del texto del artículo 174 bis *a*) CP 1973 (*idem* art. 576.2 CP). La ocultación de personas integradas o vinculadas a bandas armadas es una de las conductas de colaboración descrita en el párrafo 2 del artículo 174 bis *a*) CP 1973. En este sentido, es correcto sostener que el comienzo de ejecución de esta ocultación requiere, al menos que la persona que va ser ocultada se encuentre al menos muy próxima a la entrada del lugar en el que se la va a ocultar y que éste esté ya dispuesto para un acogimiento inmediato. Si la simple promesa de ocultar, por lo tanto, no cumpliría estas exigencias, toda vez que el autor, a través de esa promesa, no se encuentra en la situación de inmediatez, respecto de la ejecución del hecho típico, en la que se manifiesta que ya prácticamente no cabe la posibilidad de desistir o en la que tal posibilidad ya no puede ser tomada en serio.

De todos modos, es preciso considerar que el pasaje final del párrafo 2 del artículo 174 bis *a*) CP 1973 (*idem*, art. 576.2 CP) tiene una cláusula de extensión analógica, mediante la cual el legislador autoriza a los Tribunales a considerar subsumibles bajo el tipo del delito otros comportamientos de «cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género con las citadas bandas o elementos». A partir de esta premisa cabe preguntarse si la promesa de ocultación de un miembro de banda armada puede ser considerada análoga a las demás acciones de colaboración específicamente descritas en el 2.º párrafo del artículo 174 bis *a*) CP 1973. La respuesta debe ser negativa. En efecto, si se tiene en cuenta que las acciones punibles deben favorecer la realización de actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de sus miembros, la promesa de ocultación no alcanzaría el grado de intensidad que es propio de las demás conductas que, ejemplificativamente, integran el catálogo del 2.º párrafo del artículo 174 bis *a*) CP 1973. Por otra

parte, es preciso tener en cuenta que la cláusula de extensión analógica de dicha disposición no puede ser entendida como un fundamento para criminalizar actos preparatorios, pues éstos, por su propia naturaleza de actos en sí mismos no punibles, no son análogos a los punibles que requieren siempre, al menos, un comienzo de ejecución.

Pero, si bien es cierto que la cláusula final del artículo 174 bis 2 CP 1973 y del artículo 576.2 CP, entendidas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, no permiten considerar equivalentes los actos preparatorios y los de ejecución, lo cierto es que el tipo penal penaliza autónomamente actos preparatorios de la ocultación cuando se refieren a la «cesión de alojamientos». Esta alternativa típica se consuma precisamente con la «puesta a disposición de un lugar de acogida», pues, como tal, importa ya un refugio con el que la banda armada puede contar para la planificación de sus actividades. En el presente caso, consta como hecho probado que el acusado V. tenía encomendada la tarea de asegurar alojamientos y que, en el cumplimiento de la misma, consiguió la promesa de A. Carece de relevancia si esa promesa llegó a vincularse a una persona concreta o no. En todo caso, constituye la puesta a disposición de un alojamiento.

(Sentencia de 16 mayo 2000)

Constituye acto de colaboración el transportar en automóvil a comando hasta el lugar donde se coloca la bomba; proporcionalidad de la pena de cinco años impuesta

Primero. (...) Para dilucidar esta cuestión es imprescindible acudir al relato de hechos probados en los que se declara que, en el año 1995, sin hacer más precisiones sobre el día o mes, dos de los acusados deciden integrarse en la organización terrorista ETA. También durante el año 1995 deciden buscar un tercer miembro para el comando y proponen al tercer recurrente que se integre en la banda, propuesta a la que éste se niega pero manifiesta su disposición para ayudarles, si era necesario. En el mes de mayo de 1996, sin precisar día, los dos integrantes de la organización reciben instrucciones de pasar a la acción y colocar explosivos en determinadas entidades comerciales (hechos que se persiguen en otra causa). También, sin especificar los datos cronológicos, se afirma que el tercer recurrente, al que se considera colaborador, les ayuda a desplazarse para cometer estas acciones. Por último entre junio y agosto de 1996 se dice en el hecho probado que la policía localizó la existencia del escondite que utilizaban para comunicarse, detectándose la presencia de los tres en sus alrededores y al advertir que estaban vigilados, rompieron todo contacto con la banda y cesaron en su actividad.

3. La integración en banda armada constituye una categoría de delitos de los que se denominan permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida, hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica. Los delitos permanentes tienen, como es lógico, una

continuidad en el tiempo, por lo que no es extraño que, como sucede en el caso presente, el espacio temporal que abarca la totalidad de la acción, se desarrolle en el ámbito de vigencia de diferentes legislaciones, cronológicamente sucesivas, por lo que es necesario optar por una u otra en función del momento consumativo. Como se ha dicho, la consumación termina en el momento en que el sujeto activo decide poner fin a la situación antijurídica, abandonando la banda armada, como sucede en el caso presente. Ello nos sitúa en una fase en la que ya estaba vigente el nuevo Código Penal, por lo que el tramo de conductas realizado a partir de su vigencia atrae hacia sí las consecuencias punitivas derivadas de la aplicación de sus previsiones, sin que sea posible descomponer la figura delictiva en dos tramos diferenciados, a los que le sería aplicable los diversos Códigos vigentes durante todo el espacio temporal que ha durado la situación de permanencia delictiva.

4. En relación con el delito de colaboración con banda armada, su consumación puede producirse con un solo acto típico de los previstos en el Código Penal, como modalidades de ayuda delictiva a los fines de una organización terrorista. No obstante si esta conducta de colaboración se mantiene en el tiempo, su consideración, a efectos punitivos, puede llevarnos a integrar esta conducta en una modalidad de delito permanente que cesa en el momento en que el sujeto activo decide desligarse de sus actividades de colaboración que venía prestando. En este caso nos encontramos ante una situación análoga a la anteriormente abordada, por lo que la solución sobre la legislación aplicable debe ser la misma.

En definitiva, la especial naturaleza de los hechos que se someten a nuestro análisis nos lleva a considerar ajustada a derecho la solución dada por la Sala de instancia al aplicar el nuevo Código Penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Segundo. El motivo segundo afecta exclusivamente al condenado Jesús María G. E., y se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

1. Advierte el recurrente que la Sentencia recurrida proyecta todo su apoyo argumental para considerarle como autor de un delito de colaboración con banda armada, en la declaración obtenida de los imputados en el atestado policial durante el tiempo de su detención incomunicada y en la ratificación, por dos de ellos, tras pasar a disposición judicial. Alega que no se ha apreciado vulneración alguna de sus derechos y que no se han atendido a sus reiteradas denuncias, de que tal declaración autoinculpatoria, fue de origen involuntario y de contenido falso.

No obstante reconoce que es cierto, que los otros dos acusados le propusieron integrarse o colaborar con ETA, si bien él siempre se negó aunque en alguna ocasión les prestó su vehículo en su condición de amigos y sin tener idea de la finalidad a la que iba a ser destinado, puesto que nunca se lo dijeron y nunca les acompañó.

Entrando en el fondo de la calificación jurídica, sostiene que el hecho que le atribuye la Sentencia de facilitar el transporte en su coche, de los otros dos acusados, sabiendo que constituían un comando de ETA, no constituye un delito de colaboración con banda armada ya que, en su opinión, dicha actividad no tiene encaje en las recogidas y calificadas en el artículo 576 del nuevo Código Penal.

Plantea, por último, que esta simple actividad no puede ser castigada con una pena privativa de libertad de cinco años, ya que resulta desproporcionada según se desprende de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional que lleva fecha de 20 de julio de 1999.

2. La Sentencia recurrida descarta que se hayan utilizado medios violentos o coercitivos para obtener las declaraciones prestadas en la fase de investigación policial, basándose en las razones que expone en el fundamento de derecho primero. No disponemos de datos adicionales que puedan fundamentar las alegaciones de la parte recurrente.

En el acto del juicio oral, los dos acusados que fueron condenados como autores de un delito de pertenencia a banda armada, reconocen este hecho y afirman que es cierto que intentaron captar al recurrente y que éste se negó. También sostienen que cuando les dejó el coche, no sabía para qué lo necesitaban. Estas manifestaciones, en buena lógica, tal como se pone de relieve en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia recurrida, no se consideran verosímiles, pues consta que el acusado conocía en ese momento su pertenencia a una banda armada y su oferta de integrarse en la misma.

Por otro lado, el órgano juzgador dispuso de las manifestaciones del recurrente en el juicio oral, poniéndolas en relación con lo declarado ante la policía y con su ratificación ante el Juez de Instrucción, en la que admitió haber llevado a los otros dos al lugar donde tenían el escondite y de haberles transportado cuando fueron a poner los explosivos. Estas manifestaciones son, por sí mismas y sin necesidad de cualquier otra apoyatura probatoria, suficientes para enervar los efectos protectores de la presunción de inocencia, ya que no existe una radical contradicción entre lo manifestado en el juicio oral y lo declarado con anterioridad, lo que permite una valoración conjunta de todo el acervo probatorio.

3. Plantea, con carácter independiente, el tema de la proporcionalidad de la pena estimando que la prisión de cinco años resulta desproporcionada a la luz de la doctrina establecida en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 20 de julio de 1999 (caso de la Mesa de Herri Batasuna).

Efectivamente, en la Sentencia dictada, se suscita el tema de si resulta desproporcionada una pena de seis años y un día mínimo hasta doce años que establecía el anterior artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, al tipificar el delito de colaboración con banda armada. Planteándose el juicio estricto de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional establece que la gravedad de la pena que se impone y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, no guardan, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas. Remitiéndose siempre al anterior artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, razona que lo que es constitucionalmente objetable, no es la fórmula abierta empleada para cerrar el tipo de la colaboración con banda armada (cualquier acto de colaboración), sino la ausencia en el precepto, de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el que examinaba, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo.

Ahora bien, no se puede perder de vista, que todos estos razonamientos estaban en relación con la conducta allí enjuiciada, que no era otra que la remisión a los medios de comunicación por la Mesa de Herri Batasuna de cintas y vídeos de un mensaje de la organización terrorista ETA, para ser emitido en espacios electorales, abriendo la posibilidad de que la pena sólo resultase desproporcionada, cuando de su aplicación resultaba un coste fáctico para los valores constitucionales concernidos, como eran los derechos de libertad de expresión e información, pero no así

cualquier otra forma de colaboración que no colisionasen con derechos de estas características y naturaleza.

4. Todos estos razonamientos tenemos que trasladarlos al nuevo Código Penal de 1995, donde la figura de la colaboración con banda armada permanece y se acoge al artículo 576, en el que se castiga con la pena de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses a los que colaboren en las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. Después de describir una serie de conductas que integran el delito de colaboración con banda armada, cierra la enumeración con una cláusula general abierta en la que se integran las conductas que constituyen cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas.

La pena mínima, cinco años de prisión, se equipara, según el cuadro de equivalencias que se contiene en la disposición transitoria 11.^a, a la antigua pena de prisión mayor, por lo que podemos declarar que la medida de la respuesta punitiva se mantiene, por este lado, en franjas equivalentes. Desde otra perspectiva la cota máxima de la pena actual —diez años de prisión— se equipara a la pena de reclusión menor, aunque no en toda su extensión, por lo que se deduce que la respuesta punitiva es semejante a la que se contenía en el derogado Código Penal, con la salvedad de que las penas actuales no pueden ser redimidas por el trabajo.

La conducta enjuiciada constituye un acto material de colaboración que entra de lleno en las previsiones directas del artículo 576 del nuevo Código Penal, sin necesidad de acudir a la cláusula generalizadora. En este caso y con la legislación actualmente vigente no podemos estimar que una pena de cinco años de prisión (la mínima prevista por el legislador) constituya una respuesta desproporcionada a una conducta de colaboración que consistió, según el hecho probado, al que tenemos necesariamente que ajustarnos, en transportar a los integrantes de la banda armada con su automóvil hasta el lugar donde fueron a colocar los artefactos explosivos, esperándoles en las inmediaciones. También se le imputa la realización de actividades de lanzadera para avisar de la existencia de controles policiales y la presencia del recurrente en un escondite donde se recibían mensajes de la organización para el comando. Todo este cúmulo de actividades denotan un alto grado de colaboración con la banda armada, por lo que la respuesta efectiva, fijada en este caso en cinco años de prisión, no se considera desproporcionada superando favorablemente el juicio o análisis crítico de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 noviembre 2000)

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 12.^a

El informe del Equipo Técnico puede ser emitido en fase de ejecución de la Sentencia

Primero. El motivo primero se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la disposición transitoria 12.^a del Código Penal vigente.

1. Considera la parte recurrente que la Sentencia recurrida vulnera, por inaplicación, la disposición transitoria 12.^a de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se aprueba el nuevo Código Penal, ya que no se solicitó el preceptivo informe pericial, siendo el imputado menor de 18 años, cuando sucedieron los hechos. Advierte que no se realizó dicho examen o informe, a pesar de que fue solicitado por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y sin tener en cuenta que tal prueba fue declarada pertinente.

Por todo ello, estima que la Sentencia recurrida es nula de pleno derecho y debe ser revocada retro trayendo las actuaciones al momento anterior al juicio oral.

2. La disposición transitoria 12.^a del nuevo Código Penal establece que, hasta que se aprueba la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa.

La finalidad de este informe no es otra que determinar su grado de imputabilidad y suministrar todos los datos necesarios para una mejor individualización de la pena permitiendo optar por medidas alternativas a la prisión en el supuesto de que se estime que ésta es la mejor solución para el caso examinado.

3. Según se desprende del texto de la Sentencia, nos encontramos ante un menor conflictivo y con cierta predisposición a la comisión de actos violentos de carácter depredatorio. Se estima su minoría de edad por aplicación de la disposición derogatoria única que mantiene la vigencia de los artículos 9.3 y 65 del Código Penal de 1973 hasta la entrada en vigor de la nueva Ley del Menor (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero).

De la lectura del apartado 3 de la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida, se desprende que el órgano juzgador ha tenido en cuenta la disminución de la imputabilidad que supone la minoría de edad y contempla la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados o la sustitución por internamiento en Centro de Menores. Al mismo tiempo valorando las circunstancias individualizadoras y los datos que se desprenden de las actuaciones, pondera su carácter conflictivo y llega a la conclusión de que lo precedente es rebajar la pena en un grado, sin perjuicio de poder acordarse la suspensión de la ejecución después de realizar una evaluación en el momento en que la resolución alcance firmeza.

4. En consecuencia se debe tener en cuenta que lo verdaderamente importante, en un caso de esta naturaleza, es el acierto en la individualización de la cuantía de la pena y en la adecuación del sistema adoptado para su efectivo cumplimiento. Ahora bien, no conviene olvidar que esta finalidad esencial se puede resolver en el trámite de ejecución de Sentencia y así lo ha decidido el órgano juzgador. Por ello no existe dificultad para que el informe técnico al que se refiere la disposición transitoria 12.^a se pueda solicitar en esta fase posterior y que su contenido sea una base determinante para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad y sustituirla por alguna medida alternativa. Esta posibilidad se desprende del contenido del artículo 88 del nuevo Código Penal que

establece la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad, previa audiencia de las partes, en la misma Sentencia o posteriormente en Auto motivando determinadas penas de prisión, no siendo obstáculo para ello, dadas las peculiaridades del caso, que la pena impuesta sea de un año y nueve meses de prisión.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 abril 2000)

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consultas

CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 1/2000, RELATIVA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, POR LA QUE SE REGULA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

I. INTRODUCCIÓN

La inminente entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (en adelante, LORPM), va a traer consigo la definición de un nuevo marco jurídico para la exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad. Es entendible que en todas aquellas ocasiones en que la infracción penal tiene por sujeto activo a un menor de edad, el ordenamiento jurídico module su respuesta y adapte el tratamiento jurisdiccional de aquel injusto a las singularidades que definen el grado de madurez del autor.

La LORPM convierte al Fiscal en pieza esencial para hacer realidad buena parte de sus más innovadoras previsiones y ha hecho de la plurifuncionalidad de aquél (cfr. arts. 6 y 23) una de las claves indispensables para la efectiva vigencia de las soluciones y medidas que la propia LORPM arbitra. La previgente Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por la que se reguló la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, representó en su día un verdadero reto para el Ministerio Fiscal. La experiencia aplicativa que surgió al amparo de aquel texto legal ha permitido ahora al legislador renovar la confianza que, en su día, depositó en el Fiscal. Sin embargo, las sensibles novedades que la nueva ley ofrece convierten la reforma en algo más que un mero cambio de régimen normativo. El texto legal de próxima vigencia va a suponer una importante modificación en la propia idea acerca de los cometidos funcionales que al Fiscal incumben.

La instrucción de los procedimientos que le atribuye el artículo 16.1 es uno de los aspectos –no el único, desde luego– que impondrán la necesaria adaptación organizativa, orientada a una mejor y más eficaz aplicación práctica de los postulados legales. La defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedi-

miento, representan otros de los retos que el Fiscal habrá de asumir en su ámbito funcional ordinario.

Esa proximidad jurídica del Fiscal hacia el menor de edad forma parte ya de una consolidada trayectoria histórica, teniendo en la actualidad clara expresión en el artículo 3.7 del EOMF. Todo conduce, pues, a concluir la necesidad de que el Fiscal empeñe su labor cotidiana a fin de contribuir a que el propósito educativo que inspira la ley no se convierta en una mera declaración formal.

La Fiscalía General del Estado es consciente de las dificultades que puede traer consigo todo cambio legislativo de la envergadura de la LORPM. De hecho, la aplicación de ese texto legal va a exigir una reforma del EOMF que persigue adaptar algunos aspectos orgánicos del Ministerio Fiscal al principio de especialización que abandera la ley y que imponen algunos de los textos internacionales suscritos por España sobre la materia. De ahí que se haya considerado conveniente la elaboración de una Circular que trate de hacer frente a muchos de los problemas interpretativos que la LORPM sugiere. Es cierto que la elaboración de ese instrumento estatutario de unificación de criterios habría resultado mucho más fácil cuando la andadura del nuevo texto hubiera ido alumbrando soluciones prácticas. Sin embargo, el evidente riesgo de una excesiva dispersión interpretativa ha hecho aconsejable asumir la redacción de una Circular, sin esperar a que fuera el puro pragmatismo el que dibujara soluciones cuya consolidación práctica suele dificultar sobremanera la adaptación posterior a criterios más aceptables.

El hecho, pues, de que el trabajo que hoy ve la luz no haya podido contar con un abundante cuerpo bibliográfico y la circunstancia de que todavía no existan pronunciamientos jurisdiccionales que sirvan como referencia, son datos que han de ser necesariamente ponderados a la hora de cualquier aproximación valorativa a los contenidos que integran esta Circular.

El propósito de la Fiscalía General ha sido, ante todo, proporcionar a los Sres. Fiscales una herramienta útil, un instrumento puesto al servicio de la unificación interpretativa, cuya importancia en el primer momento aplicativo de cualquier texto legal resulta fuera de dudas. La metodología que ha presidido su elaboración ha antepuesto la visión práctica a cualquier otra consideración, renunciando incluso a la utilización de criterios ordenadores que podrían haber venido aconsejados por un enfoque más académico que pragmático. Se ha huido deliberadamente de la rutinaria comparación con el sistema legal previgente, se ha prescindido de alardes de erudición histórica, centrandos todos los esfuerzos en indagar los problemas del día a día del Fiscal de Menores y en ofrecerle soluciones para afrontar aquéllos con el debido rigor técnico.

Hacer realidad ese planteamiento expositivo no ha sido tarea fácil. La LORPM es una ley bajo cuyo texto se agazapan importantes incógnitas acerca de problemas básicos del proceso penal. La dificultad se hace más intensa cuando se repara en el carácter estructural de algunas de esas cuestiones y, sobre todo, en la ruptura de la nueva ley con principios que han venido definiendo el significado y el alcance del ejercicio de la acción civil. Pese a todo, sólo una actitud institucional de respeto por la voluntad legislativa y un propósito constructivo pueden servir para aliviar los ya de por sí complejos problemas a los que da cabida el nuevo texto legal.

La presente Circular nace con la decidida vocación de representar sólo un primer punto de partida. La experiencia cotidiana hará surgir nuevas incógnitas. De

ahí que resulte conveniente el planteamiento de ulteriores Consultas que permitan ir solucionando los problemas concretos que la práctica vaya generando.

El anuncio de nuevas reformas al articulado de la LORPM a fin de adaptar sus previsiones a la dimensión actual del fenómeno terrorista no se ha considerado un obstáculo insalvable para la fijación de unos primeros criterios de actuación. El alcance de aquella reforma –algunos de cuyos contenidos son ya de público conocimiento– no parece vaya a afectar de modo sustancial al conjunto del articulado que integra la ley. En cualquier caso, conviene tener presente que esta Circular se ciñe al texto publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 11 del 13 de enero de 2000. De ahí que no sea descartable la próxima publicación de otros instrumentos estatutarios que complementen la presente Circular si así la práctica lo aconsejara.

II. SUJETOS DESTINATARIOS DE LA LEY

Se establecen en la Ley tramos de edades que determinan la aplicación de distinto régimen jurídico en caso de comisión de un hecho tipificado en el CP o en alguna de las leyes especiales como delito o falta.

En el artículo 1 y concordantes se distingue entre menores de 14 años; mayores de 14 y menores de 18, destinatarios naturales de la Ley, a los que denomina propiamente «menores»; y mayores de 18 y menores de 21 años, denominados «jóvenes», a los que bajo determinadas condiciones podrán serles aplicadas las disposiciones de la presente Ley.

Hemos, pues, de distinguir entre los siguientes tramos de edad:

1. Menores de catorce años

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley, ante la comisión de una infracción penal por un menor de dicha edad, el Fiscal valorará la procedencia de remitir los particulares que considere necesarios a la entidad pública de protección del menor, a los efectos oportunos, en atención a las disposiciones del CC y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Aunque la Ley no lo diga expresamente, la remisión se efectuará en favor de la entidad pública del lugar de domicilio del menor y no a la del lugar de comisión del hecho, si fueren distintos.

2. Mayores de catorce y menores de dieciocho

Éstos son los que la Ley denomina propiamente «menores» y respecto de los cuales, sin excepción, se ha de aplicar el régimen jurídico que se establece en la Ley, conforme prevé el artículo 19 del CP.

A su vez hay que subdistinguir dos tramos de edad: 14 y 15 años, de un lado, y 16 y 17 años, de otro, en tanto que la duración máxima de determinadas medidas será diferente en ambos casos (art. 9 reglas 4.^a y 5.^a) y que la participación del perjudicado en el Expediente penal sólo será posible bajo determinadas condiciones si el autor fuere mayor de 16 años.

3. Mayores de dieciocho años y menores de veintiuno

En este tramo de edad se comprenden los sujetos que la Ley denomina «jóvenes» (art. 1.4).

4. Cómputo de la edad. Alteración antes o durante el curso del procedimiento

A tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3 el momento de comisión del ilícito penal será el que determine la edad del sujeto infractor en relación con la aplicación del régimen de la LORPM.

Sobre el cómputo de la edad cobran vigencia las indicaciones efectuadas en la Instrucción 1/1993, recaída a propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 15 de junio. Como entonces se sostuvo, no ha de ser aplicable el criterio establecido en el artículo 315 del CC según el cual para el cómputo de la mayor edad «se incluirá completo el día del nacimiento». El cómputo de la edad ha de efectuarse, de acuerdo con los principios que inspiran el Derecho Penal, de momento a momento, para lo cual, en aplicación de lo previsto en el artículo 375 LECrim, cuando no bastare con el DNI, pasaporte o cualquier otro documento identificativo y subsistieren las dudas sobre la edad del sujeto se traerá al Expediente la certificación literal de nacimiento expresiva de la hora del alumbramiento. En todo caso, las dificultades interpretativas sólo podrán ser solventadas en favor del menor.

Se suscitan problemas en relación con la fijación del momento de comisión de los hechos en determinados supuestos.

De una parte, en las infracciones penales continuadas habrá de atenderse a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones. Sólo habrá lugar a integrar en el delito continuado cuyo conocimiento se atribuya a la jurisdicción de menores aquellos hechos cometidos por el sujeto entre los 14 y 18 años (o hasta los 21 si se aplicara el art. 4). Los hechos cometidos por el sujeto habiendo rebasado dichas edades no podrán, por ese solo motivo, integrarse en el delito continuado y de ellos se conocerá en el procedimiento que corresponda. Otra cosa es que en atención al seguimiento de un procedimiento penal por hechos cometidos durante la mayoría de edad conexos a otros hechos cometidos durante la minoría de edad, el Fiscal de Menores decida desistir (art. 18) de la persecución de estos últimos.

El delito permanente también presenta problemas en relación con la edad del sujeto infractor. En tal sentido, el delito permanente no podrá ser enjuiciado por la jurisdicción de menores cuando el sujeto activo hubiera rebasado la edad máxima antes de eliminarse la situación ilícita. La regla interpretativa del artículo 132.1 párrafo 2 del CP, aun dictada para fijar el inicio del cómputo de la prescripción, es perfectamente aplicable en estos supuestos. En todo caso, el enjuiciamiento del delito permanente por la jurisdicción ordinaria no podrá tener en consideración, exclusivamente a efectos de agravación de la responsabilidad, las conductas cometidas en momentos anteriores a la adquisición de la mayoría de edad. Un ejemplo puede resultar muy ilustrativo: la detención ilegal de 30 días de duración en la que el sujeto activo cumpliera 18 años en el vigésimo día será enteramente conocida por la jurisdicción ordinaria en el correspondiente procedimiento abreviado pero no se podrá aplicar el subtipo agravado del artículo 163.3 CP.

Igualmente se plantean problemas en los casos en que entre la acción y el resultado el sujeto rebasa la edad. El criterio habrá de ser el de atender al momento de la acción u omisión y no al del resultado. En apoyo de lo anterior militan lo dispuesto en el artículo 7 CP, la interpretación literal de la expresión «comisión de los hechos» que emplea el artículo 5 de la Ley, y, finalmente, el hecho de tratarse de la solución más favorable al menor.

Por último, si al iniciarse el procedimiento o durante la tramitación del mismo hubiesen sido rebasadas las edades que se establecen en la Ley, las reglas de competencia no se verán por ello alteradas. Completa este régimen el artículo 15 respecto de los condenados que alcanzaren la edad de veintitrés años, para quienes se establece una especialidad en materia de cumplimiento de las medidas ya impuestas o que se les pudieren imponer.

III. CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES A LOS JÓVENES

La aplicación del régimen jurídico de la LORPM a los mayores de 18 y menores de 21 años se prevé como posible en el artículo 69 del CP «en los casos y con los requisitos» que la Ley del menor disponga. En el artículo 4 se establecen las condiciones y el procedimiento para la aplicación de la Ley a los jóvenes.

De ello se desprende que el régimen ordinario es el del CP y LECrim, de cuya regulación sólo será posible excepcionar a los jóvenes en determinados casos y ante la concurrencia de los requisitos legales. Por tanto, la regla general u ordinaria es la aplicación del proceso de mayores al joven y la regla excepcional la sujeción al proceso de menores. En consecuencia, los Sres. Fiscales habrán de evitar que de una forma mecánica o automática y sin un claro fundamento, puedan terminar remitiéndose a la jurisdicción de menores todas aquellas causas cometidas por mayores de 18 y menores de 21 años.

Por ello, ante la comisión de una infracción penal por un joven se habrá de incoar el correspondiente procedimiento penal (juicio de faltas, diligencias previas, sumario, o procedimiento de jurado). En dicho procedimiento sólo se abrirá el incidente para la posible aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 cuando alguna de las partes lo inste o el Juez decida abrirlo de oficio. Es de señalar que no necesariamente habrá de suscitarse el incidente de la aplicación de la LORPM, ya sea por resultar *ab initio* la falta de concurrencia de las circunstancias que permitirían esta posibilidad o, fuera de dicho supuesto, porque ninguna parte haya desencadenado mediante su solicitud dicha apertura.

En definitiva, el auto acordando o denegando la aplicación de la LORPM es una resolución que no necesariamente habrá de recaer en todo proceso penal seguido contra un joven. Sólo habrá lugar al mismo si se abriera el incidente para la determinación del régimen aplicable al joven.

1. Requisitos

Son requisitos o condiciones objetivas que abren paso a la posible valoración acerca de la aplicación de la LORPM a los jóvenes los dos siguientes:

1. Que el hecho cometido revista caracteres de falta o de delito menos grave, siempre que en este último caso no se hubiere cometido con violencia o intimidación en las personas, o con grave peligro para la vida e integridad física. Ambas condiciones son predicables de los delitos, no así de las faltas. No obstante, la concurrencia en una falta de violencia o intimidación será un elemento esencial en la valoración que haya de efectuar el Fiscal al emitir su informe. De otra parte, ambas condiciones no son cumulativas, basta la concurrencia de una sola de ellas: es posible que determinados delitos cometidos sin violencia o intimidación supongan grave peligro para la vida e integridad (así sucede *v. gr.* con algunas figuras delictivas contra la seguridad del tráfico).

2. Inexistencia de condena en sentencia firme por falta o delito dolosos cometido una vez cumplidos los 18 años, salvo que el antecedente esté cancelado o debiera estarlo con arreglo al artículo 136 CP.

De no concurrir alguno de tales requisitos la denegación será preceptiva.

Sólo cuando concurren ambos requisitos será posible valorar la extensión del régimen de la LORPM a los jóvenes. La decisión, de carácter facultativo, se habrá de adoptar atendiendo a las circunstancias personales del imputado y a su grado de madurez.

2. Procedimiento

El incidente podrá abrirse a instancia de parte o de oficio por el Juez de Instrucción.

Durante su tramitación no se suspenderán las demás diligencias de instrucción que hayan de practicarse en el procedimiento.

El procedimiento, muy sencillo, consistirá en recabar la opinión del Fiscal, del Letrado del imputado y el informe del Equipo Técnico, para lo cual se les dará traslado mediante providencia para informe.

El Fiscal al emitir su informe se pronunciará en primer lugar acerca de la concurrencia de las dos condiciones objetivas antes comentadas (tratarse de falta o delito menos grave sin violencia o intimidación o sin grave riesgo para la vida e integridad y no existir antecedentes penales) y, asimismo, cuando aquéllas concurren, informará sobre la pertinencia o no de la sujeción del joven a la LORPM en atención a sus circunstancias personales y grado de madurez. Para esto último necesariamente habrá de contar con el informe del Equipo Técnico, pese a que –habida cuenta su naturaleza– no tenga carácter vinculante para la decisión que haya de adoptar el Fiscal en su dictamen.

Aunque no cabe establecer reglas apriorísticas, conviene señalar que sólo estará justificado excepcionar a los jóvenes del régimen del procedimiento ordinario cuando su edad mental y madurez difieran notablemente de su edad cronológica, debiendo dicha circunstancia hallarse relacionada tanto con la naturaleza de la infracción penal y las circunstancias que rodearon su comisión cuanto con la conveniencia de procurar a dicho joven, en atención a sus personales circunstancias, la atención educativa que subyace y prima en el tratamiento penal de los menores establecido por la LORPM.

La decisión corresponde al Juez de Instrucción, que resolverá mediante auto.

3. Recursos

Contra el auto del Juez de Instrucción –acordando o denegando la aplicación de la LORPM al joven– cabe recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia.

Dicho recurso de apelación se sustanciará, con independencia de cuál sea el procedimiento en que dicho auto recayere, con arreglo a las normas que regulan la apelación contra los autos en el procedimiento ordinario –arts. 219 a 232 LECrim–, pues así se dispone expresamente en el artículo 4.3 de la Ley en contra del criterio general de supletoriedad que establece la disposición final primera en favor del procedimiento abreviado. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento abreviado, habrán de personarse las partes ante la Sala de Menores y habrá lugar a la celebración de vista oral.

La regla general señalada en el artículo 217 LECrim, según la cual es preceptiva la interposición del recurso de reforma contra los autos del Juez de Instrucción en el procedimiento ordinario, ha sido –sin embargo– excepcionada en este caso, con apoyo en el artículo 4.3 de la Ley. Por ello, debe concluirse que el recurrente no está obligado a interponer previamente recurso de reforma.

Se plantea, en relación con lo anterior, la cuestión de si cabe interponer postestativamente el recurso de reforma previo al de apelación, conjunta o separadamente con éste, tal como sucede en el procedimiento abreviado. La cuestión no es clara. El artículo 4.3 señala que cabe la apelación «sin previo recurso de reforma». Tal aserto puede ser interpretado en un doble sentido: de un lado como innecesariedad de previa reforma, lo que la convierte en un recurso posible; de otra parte, como prohibición de la previa reforma. Es cierto que el previo recurso de reforma se ha visto generalmente como un trámite inútil. Ahora bien, en determinadas ocasiones en que resulta patente el error cometido en la resolución recurrible parece poco operativo que tal corrección sólo pueda actuarse acudiendo al órgano superior mediante un recurso más complejo en su tramitación que el de reforma. Ante la duda suscitada debe admitirse la posibilidad, aunque la ley no lo diga expresamente, de interposición de reforma previa. No obstante, parece oportuno que los Sres. Fiscales, si deciden interponer reforma, eviten posibles problemas de inadmisión interponiendo la reforma conjuntamente con el recurso de apelación y nunca separadamente.

Otra cuestión que se suscita es la relativa a los efectos en que debe ser admitido el recurso de apelación. El artículo 217 LECrim establece como regla general que la apelación sólo se admitirá en dos efectos cuando así se disponga expresamente. Nada se dice expresamente en el artículo 4. Ahora bien, el efecto suspensivo del recurso contra el auto que entiende aplicable al joven la LORPM resulta de la propia naturaleza de tal resolución y del sentido del artículo 4.3 que recalca que sólo cuando el auto adquiera firmeza habrá lugar a la remisión al Fiscal para la tramitación del procedimiento de la LORPM.

Por otra parte, es de señalar que en tanto se suscita el recurso debe seguir la tramitación del procedimiento abierto contra el joven ante el Juez de Instrucción, sin que deba quedar paralizada la fase de instrucción a expensas de la decisión sobre posible remisión al Fiscal de Menores. La suspensión del procedimiento sí parece oportuna una vez llegados a la fase intermedia, por aplicación analógica del artículo 622 LECrim.

Resta por señalar que el auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia re-

solviendo el recurso de apelación es recurrible por el Fiscal en casación para la unificación de doctrina, conforme al artículo 42.8 de la Ley.

4. Intervención de la Fiscalía de Menores en el incidente del artículo 4 de la Ley

Cabe plantearse si las actuaciones seguidas ante el Juez de Instrucción con ocasión del incidente del artículo 4 deben ser despachadas por los Fiscales de la Sección de Menores.

Sin perjuicio de que puedan adoptarse los criterios de organización y reparto de trabajo que se estimen por el Fiscal Jefe acordes con las necesidades y características propias de cada Fiscalía, en principio parece oportuno que sea el propio Fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción el que emita el informe e interponga, en su caso, los recursos previstos en el artículo 4 de la Ley. Otra solución dificultaría y complicaría el despacho de asuntos en el Juzgado de Instrucción. No obstante, ello no debe suponer merma alguna en el respeto a los principios que rigen la actuación del Ministerio Público y particularmente el de unidad de actuación, por lo que habrán de articularse en aquellos casos en que la decisión pudiera ser compleja —máxime si el sentido del informe fuere favorable a la aplicación de la LORPM— los mecanismos de comunicación más ágiles posibles con la Sección de Menores de la Fiscalía para evitar discrepancias de criterio o actuaciones no acordes con los principios y postulados que informan la LORPM.

A la vista oral del recurso de apelación ante la Sección de Menores del Tribunal de Justicia sí parece conveniente que asistan los Fiscales de la Sala de Menores.

Igualmente parece lógico atribuir la preparación del recurso de casación para unificación de doctrina a la Sección de Menores de la Fiscalía correspondiente.

5. Planteamiento de cuestión de competencia entre el Juez de Menores y el de Instrucción

Es perfectamente posible que decidida la aplicación al joven del régimen de los menores por el Juez de Instrucción o por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, puedan ante el Fiscal de Menores evidenciarse en la investigación determinadas circunstancias que excluyan la competencia de la jurisdicción de menores.

Esas circunstancias han de ser necesariamente distintas de aquellas que se tuvieron en cuenta al resolver el incidente del artículo 4. Por ello, no parece posible que por el Fiscal y el Juez de Menores se proceda a efectuar una nueva valoración acerca de la procedencia de extender al joven el régimen de enjuiciamiento de los menores en atención a su grado de desarrollo y madurez. Ahora bien, sí que es perfectamente posible que los requisitos del artículo 4.2, reglas 1.ª y 2.ª, resulten desmontados en algún momento de la tramitación ante la jurisdicción de menores en virtud de la aparición de nuevos elementos de juicio. Así, *v. gr.*, que el hecho delictivo resulte haber sido cometido por el joven con empleo de violencia o intimidación, lo que no constaba en el Juzgado de Instrucción.

En todos estos supuestos el Fiscal instará del Juez de Menores que dicte auto declarando su incompetencia objetiva e inhibiéndose en favor del Juzgado de Instrucción. La resolución tendría apoyo en el artículo 33 d) de la Ley. Si el Juez de Instrucción no admitiere la competencia se entablaría una cuestión de competencia negativa a resolver, tras la primera comunicación entre Juzgados, por la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia y conforme a las reglas que disciplinan la tramitación de las cuestiones de competencia en el procedimiento abreviado (disposición final primera de la LORPM).

IV. REGLAS DE COMPETENCIA

La regla general de competencia objetiva proclamada por el artículo 2.1 de la LORPM debe completarse con un breve apunte acerca de algunas de las dudas que plantea el análisis de las reglas de conexidad y de la competencia territorial.

1. Expediente por hecho y Expediente personal por menor

La tradicional disyuntiva entre Expediente por hecho o por menor se soluciona en el artículo 20 de la Ley estableciendo un sistema que podríamos calificar de mixto.

Se ha de incoar un Expediente por cada hecho delictivo, con independencia de que en dicho hecho haya participado un menor o varios. En este último caso el Expediente alcanzará a todos los copartícipes.

Los Expedientes podrán ser acumulados a otros cuando entre los hechos delictivos –delitos y faltas– que constituyeren su objeto exista conexidad, lo que se determinará mediante la aplicación de las reglas contenidas en los cinco apartados del artículo 17 LECrim. Apoya esta solución el tenor literal del artículo 20.3 que se refiere en casos de comisión de varios delitos al «enjuiciamiento de todos ellos en unidad de Expediente».

Junto a este sistema, en cada Fiscalía (art. 20.2) se llevará un expediente personal de cada menor. Se trata de una relación significativa de la historia de los Expedientes seguidos al menor, cuya razón de ser es la de permitir al Fiscal decidir acerca de numerosas cuestiones que se le planteen, tales como acumulación de Expedientes por conexidad al amparo del núm. 5 del artículo 17 LECrim, decisiones sobre no desistimiento de incoación de Expediente al amparo del párrafo 2 del artículo 18, adopción de decisiones en materia de ejecución, etc.

2. Competencia territorial

La competencia corresponde al Juez de Menores del lugar de comisión del hecho delictivo. Esta regla, sentada en el artículo 2.3, no difiere del criterio establecido con carácter general en el artículo 14 LECrim. Los problemas que se pueden plantear sobre la determinación del lugar de comisión son iguales a los que se suscitan en la jurisdicción de mayores. En todo caso, las dudas acerca de la competencia territorial se resolverán siempre a favor de la competencia del Juez del lugar de domicilio del menor.

3. Competencia por conexidad

La Ley introduce una importante especialidad en materia de conexidad. Existiendo delitos conexos se antepone en el artículo 20.3 el fuero del domicilio del menor a los que se señalan en el artículo 18. Por tanto, cuando un menor hubiere cometido hechos delictivos en varios territorios, si alguno de éstos coincidiese con el lugar de su domicilio, la acumulación por conexidad se hará en favor de la Fiscalía o Juzgado de dicho domicilio. Sólo si todos los hechos se hubieren cometido fuera de su lugar de domicilio tendrá aplicación directamente el artículo 18 LE-Crim.

En casos de coparticipación de menores en varios hechos delictivos conexos, si el domicilio de dos o más menores radicara en partidos judiciales distintos en los que hubieren sido cometidas infracciones penales, la determinación del Juzgado de menores competente por conexidad atenderá al lugar del domicilio de aquel de los menores en el que primero concurra alguno de los criterios establecidos sucesivamente en el artículo 18 LECrim.

V. LAS MEDIDAS

1. Elenco de medidas

El artículo 7 de la Ley enumera y describe la naturaleza y el contenido de las medidas que se pueden imponer al menor infractor. Analizando la descripción que la Ley hace de cada una de las medidas, se plantean ciertas dificultades interpretativas.

Así –en primer lugar– no parece demasiado nítida la diferencia entre los regímenes de internamiento semiabierto y abierto, ya que en ambos casos se realizan actividades fuera del centro. La clave para distinguir ambos regímenes se encuentra en la propia literalidad de la definición del régimen abierto, ya que se afirma que las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen abierto «llevarán a cabo *todas* las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno», de modo que los centros de régimen abierto habitualmente carecerán de unos servicios educativos propios, estando sujeto únicamente el menor «al programa y régimen interno del mismo». Por el contrario, el centro semiabierto, en el cual –aunque no lo afirme expresamente la Ley– los menores estarán también sometidos al programa y régimen interno del centro, deberá estar dotado de los equipos y servicios precisos para ofrecer al menor la posibilidad de satisfacer sus necesidades formativas, educativas, laborales y de ocio dentro del centro, sin perjuicio, no obstante, de que algunas de ellas se puedan realizar también fuera del mismo.

Las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio son las únicas que se pueden imponer en caso de que se aprecie alguna de las circunstancias eximentes de los núms. 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 CP (arts. 5.2, 9.7.ª y 29). Ello no obstante, también se podrá imponer alguna de estas medidas en los supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del artículo 21.1.ª CP o atenuantes analógicas, razón que justifica el hecho de que la Ley hable de la posibilidad de aplicar también cualquiera de estas dos medidas como complemento de otra de naturaleza no terapéutica. En cualquier caso, tam-

bién opera en la imposición de ambas medidas el principio acusatorio, tanto en la extensión de la medida solicitada e impuesta, como en lo relativo a la mayor o menor afectación de derechos, de tal manera que si se solicita una medida de tratamiento ambulatorio no podrá imponerse la de internamiento terapéutico.

Ya se trate del internamiento terapéutico o del tratamiento ambulatorio, la Ley contempla dos posibles actuaciones claramente diferenciadas. Por un lado, el tratamiento de anomalías o alteraciones psíquicas y, por otro, el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. En el primero de los casos, la propia patología cognitiva y volitiva obliga a prescindir de la opinión del menor –que es incapaz de prestar un verdadero consentimiento– para poder imponerle una medida de naturaleza terapéutica.

Distinto es el caso, sin embargo, del tratamiento de deshabitación a las adicciones anteriormente mencionadas, que requieren para resultar eficaces el concurso voluntario del menor en el programa de deshabitación. Por ello dispone la Ley que «cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias».

No hace ninguna mención la Ley acerca de cuál es el momento en el que el menor puede manifestar este rechazo, y más concretamente si está contemplando una actitud de rechazo que se produzca antes de dictar sentencia o posteriormente en fase ya de ejecución. El primer supuesto es el deseable, ya que evitaría el inicio de una ejecución que finalmente ha de verse frustrada y es más respetuoso con el principio de legalidad, al ejecutarse la medida que se ha impuesto en sentencia sin tener que acudir al Expediente de modificación de medida previsto en el artículo 14.

Teniendo en cuenta, además, que es posible interrogar al menor en la fase de audiencia sobre la aceptación de un eventual tratamiento de deshabitación (art. 37.2 *in fine*), se interesa de los Sres. Fiscales que, en aquellos supuestos en que hayan solicitado una medida de esta naturaleza, interroguen al menor acerca de su aceptación. Sin embargo, aun observando la anterior cautela, siempre será posible un rechazo sobrevenido ya en fase de ejecución, a veces incluso una vez ya iniciado el tratamiento; en tal caso, el tratamiento no podrá seguirse coactivamente; habrá de ser suspendido y sustituido por otra medida con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la Ley.

Por su parte, cuando se imponga la medida de libertad vigilada ha de procurarse, para salvaguardar el principio de legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta la excesiva amplitud con que está redactada la regla 7.^a, que su contenido quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que ésta contemple expresamente a cuáles de las reglas de conducta previstas en el artículo 7 h) habrá de someterse el menor. Ello no excluye, sin embargo, que una condena genérica a un determinado tiempo de libertad vigilada permita determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia. La regulación es por tanto análoga a la contemplada en el artículo 105 CP, que permite imponer reglas de conducta similares «razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia», en el supuesto de condena a medidas de seguridad privativas de libertad; este argumento se ve reforzado, además, por la remisión expresa que en el artículo 9 regla 5.^a de la Ley se hace al artículo 105.1 CP. Por otra parte, es imprescindible para el correcto y eficaz desarrollo de una medida de libertad vigilada, una cierta agilidad y flexibilidad que permita al Juez acudir a la imposición y

levantamiento de estas reglas de conducta, de acuerdo con la respuesta que el menor vaya dando en cada momento a las pautas del programa que progresivamente ha de ir cumpliendo.

La medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo parece carente de cualquier contenido retributivo o sancionador, y por esta razón se revela como muy apropiada –sobre todo en su modalidad de convivencia con una familia– para satisfacer posibles carencias familiares o afectivas del menor, pareciendo a simple vista más una medida de protección que de naturaleza sancionadora. Precisamente por ello, puede resultar aconsejable, en aquellos casos en que se imponga esta medida y una vez cumplido el tiempo de duración de la misma instar de la entidad competente que acuerde la prosecución de la convivencia familiar como medida de protección, transformando la situación en un supuesto de acogimiento familiar, previsto en el artículo 173 del CC.

En relación con las medidas de internamiento, es preciso resaltar que, de conformidad con el artículo 7.2, ya en la sentencia debe quedar fijada la duración de cada uno de los dos períodos en que se divide: el de internamiento propiamente dicho y el de libertad vigilada subsiguiente. Hay que tener en cuenta, asimismo, que si bien se puede anticipar *ex* artículo 14 la conclusión del período de internamiento y el inicio del de libertad vigilada, en ningún caso podrá prolongarse el período de internamiento inicialmente previsto. Excepcionalmente, y teniendo presente que no se trata propiamente de una modificación de la medida impuesta –cuestión que plantea importantes problemas de legalidad, como se apunta *infra*– sino del régimen de cumplimiento de la misma, podrá acudir, sólo en el caso de que el menor quebrante la libertad vigilada, al Expediente del artículo 50 de la Ley para que vuelva a cumplir la medida de internamiento en régimen semiabierto (o necesariamente en régimen abierto, si éste era el contemplado en la sentencia).

En todo caso, es muy importante que, como establece el artículo 7.3, tanto el Fiscal al solicitar una medida como el Juez al imponerla tengan presente en primer lugar el interés del menor, y que, sean cuales sean la medida o las medidas impuestas, la sentencia exprese con detalle las razones por las que impone una determinada medida, o dicho con otras palabras, que se reflejen cuáles son los fines u objetivos que –en interés del menor– se pretende alcanzar con la imposición de las medidas (art. 39.1), ya que será precisamente la comparación de dichos objetivos con su grado real de cumplimiento la que permita hacer uso de las amplísimas facultades que la Ley reconoce al Juez para dejar sin efecto, reducir o sustituir las medidas impuestas (art. 14.1), así como para valorar en su caso si procede continuar el cumplimiento de la medida por quien ya ha alcanzado la mayoría de edad (art. 15 párrafo 1.º).

2. Principio acusatorio

La enumeración del artículo 7 de la Ley se realiza ordenando las medidas «según la restricción de derechos que suponen». Esta afirmación ha de ser puesta en relación con la contenida en el artículo siguiente, el cual –bajo la rúbrica «principio acusatorio»– dispone que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Fiscal. Ambos límites operan conjuntamente, de tal manera que si, por ejemplo, se ha solicitado una medida de libertad vigilada por un año, no

podrá imponerse ni la medida de internamiento por seis meses, ni la medida de realización de tareas socio-educativas durante dos años.

Otra exigencia relacionada con la anterior y contemplada también en el artículo 8, aunque no derivada propiamente del principio acusatorio y sí del principio de legalidad en su vertiente penal (*nulla poena sine lege*), más concretamente en cuanto a la necesidad de fijar mediante una *lex certa* un límite temporal de cumplimiento de las medidas privativas de libertad que no pueda ser sobrepasado en ningún caso, es la prevista en su párrafo segundo. También aquí resulta necesario hacer una serie de precisiones, obligadas ante la necesidad de modular el entendimiento del principio acusatorio, adaptándolo al superior interés del menor y a la propia naturaleza del cuadro de medidas previstas por la Ley. En primer lugar, hay que destacar que este límite sólo opera sobre las medidas de internamiento (incluido el terapéutico) y de permanencia de fin de semana; las restantes medidas, por tanto, sí pueden tener una duración mayor que la de la pena privativa de libertad asignada al adulto que hubiese cometido el mismo delito. En segundo lugar, hay que tener presente que, dado que la Ley menciona la pena que «se le hubiere impuesto por el mismo hecho», la comparación ha de hacerse con la pena que *in concreto* y no *in abstracto* le hubiese podido haber sido impuesta al adulto, es decir, tomando en consideración en su caso la concurrencia de circunstancias atenuantes, y el grado de ejecución o de participación en el delito.

3. Las reglas del artículo 9 de la Ley

La regla 1.^a del artículo 9 establece que por la comisión de faltas sólo podrán imponerse determinadas medidas. Dado que en ciertas infracciones patrimoniales la línea divisoria entre el delito y la falta viene establecida por la cuantía de 50.000 ptas., será preciso en tales casos que, si se quiere solicitar la imposición de una medida distinta de las contempladas en la regla 1.^a, previamente en la instrucción se haya practicado la oportuna tasación pericial. Por el contrario, si se fuese a solicitar una medida de las contempladas en dicha regla, la tasación pericial resultaría superflua y podría dilatar innecesariamente la instrucción.

La regla 2.^a plantea la duda interpretativa de cuál sea la exacta significación de los términos «grave riesgo para la vida o la integridad física para las personas». La respuesta es idéntica a la que se ofrece *infra* en el comentario al artículo 25.

La regla 3.^a fija unos límites máximos de duración de las medidas, que con carácter general es de dos años (los trabajos en beneficio de la comunidad y las permanencias de fin de semana no podrán superar las cien horas ni ocho fines de semana respectivamente) y opera –en las medidas de internamiento y permanencia de fin de semana– conjuntamente con el establecido en el párrafo segundo del artículo 8. La cuestión de cómo se computa el tiempo de cumplimiento de medidas cautelares de naturaleza diferente a la medida finalmente impuesta aparece resuelta en el artículo 28.5 de la Ley, en términos análogos a los empleados por el artículo 59 CP, ya que se tendrá por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que el Juez estime razonablemente compensada por la medida cautelar. La praxis aplicativa del citado artículo 59 CP puede servir, por tanto, como criterio orientador en la interpretación y aplicación de este precepto de la Ley.

La regla 4.^a contempla una excepción a los límites fijados en la regla anterior, en aquellos supuestos en que se den cumulativamente las tres condiciones previs-

tas: a) que el menor tuviese dieciséis años cumplidos en el momento de la comisión de los hechos; b) que el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad de las mismas; c) que el Equipo Técnico aconseje en su informe la imposición de una medida de duración superior al máximo de tiempo previsto en la regla 3.^a. En estos casos, la medida podrá durar, con carácter general, un máximo de cinco años (los trabajos en beneficio de la comunidad y las permanencias de fin de semana podrán alcanzar doscientas horas y dieciséis fines de semana respectivamente), aunque en buena lógica no debería imponerse la medida por un período de tiempo superior al aconsejado por el Equipo Técnico en su informe.

Se plantea la duda, sin embargo, en los casos de condena al cumplimiento de más de una medida, acerca de si el límite legal de cumplimiento (dos o cinco años, según los casos de las reglas 3.^a y 4.^a, respectivamente) se refiere a cada medida en sí misma considerada, o al total de cumplimiento de todas las medidas que se hayan impuesto en un mismo procedimiento. El empleo de la locución «la duración de las medidas» (en plural) parece abogar por esta segunda interpretación. Es decir, el menor no podrá estar cumpliendo medidas impuestas en un mismo procedimiento durante un período superior al límite de los dos o cinco años; podrá, no obstante, cumplir simultáneamente varias medidas cuyo cómputo total de duración exceda de ese tope si éstas se cumplen simultáneamente y no llegan a rebasar el límite efectivo de los dos años o cinco años en su tiempo real de cumplimiento. Por ejemplo, en el caso de menores de dieciséis años, no se podrá imponer una medida de internamiento durante dos años, seguida de otra de libertad vigilada durante otros dos años, pero sí se podrá imponer una medida de libertad vigilada durante dos años acompañada de otra de convivencia con un grupo familiar durante el mismo tiempo, medidas que conforme a la regla del artículo 47.1 se habrán de cumplir simultáneamente.

La regla 5.^a, por su parte, contiene una nueva excepción al régimen ya de suyo excepcional de la regla 4.^a, que operará cuando –además de concurrir las tres condiciones previstas en esta regla y mencionadas *supra*– el supuesto revista extrema gravedad. Esta «extrema gravedad» es un concepto jurídico indeterminado que sólo en parte define la Ley. Concretamente, se consideran de extrema gravedad, «en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas (es decir, los comprendidos en los arts. 571 a 580 CP), así como los de asesinato u homicidio doloso (arts. 138 y 139 CP), y la agresión sexual contemplada en los artículos 189 y 190 del CP».

Pero la Ley afirma igualmente que se considerarán supuestos de extrema gravedad aquéllos en los que se apreciare reincidencia. ¿Qué se debe entender por reincidencia a estos efectos? A falta de definición expresa en la Ley, habrá que acudir como Derecho supletorio al CP, y más concretamente a la circunstancia 8.^a de su artículo 22. Allí se afirma que para apreciar la reincidencia el culpable, al cometer el delito, ha de haber sido ya condenado en sentencia firme por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que ambos delitos sean de la misma naturaleza. Tratándose de aquellos delincuentes a los que la Ley denomina jóvenes (mayores de dieciocho años), pueden darse supuestos en los que se haya de apreciar la reincidencia por existir una condena previa dictada en alguno de los procedimientos regulados en la LECrim, pero este supuesto está excluido con carácter general de la jurisdicción de menores por la condición 2.^a del artículo 4.2. Para la

apreciación de la reincidencia, a efectos de determinar la «extrema gravedad» del caso, será suficiente, por tanto, y si no se quiere vaciar de contenido la norma, una condena firme anterior dictada de acuerdo con el procedimiento que regula la LORPM; esta interpretación, además, no supone en ningún caso una aplicación analógica de la Ley penal, ni siquiera una interpretación extensiva de la misma, ya que el artículo 22 del CP supletoriamente aplicable habla de condena ejecutoria por delito, sin especificar el procedimiento en que la misma haya recaído.

No obstante lo anterior, se plantean dos problemas añadidos para poder apreciar la reincidencia en el procedimiento de menores. El primero es que la aplicación del artículo 9, y por consiguiente la posible apreciación de la reincidencia para calificar un hecho como de extrema gravedad, no aparece entre los fines para los cuales podrán ser utilizados exclusivamente los datos del Registro de sentencias firmes creado por la disposición adicional tercera de la Ley. Sin embargo, sí se menciona expresamente el artículo 30, en el que se recoge la elaboración por el Fiscal del escrito de alegaciones, en el que constará una «breve reseña de las circunstancias personales y sociales del menor». En una interpretación sistemática de todas estas disposiciones, no parece que exista problema alguno para que el Fiscal pueda acudir al Registro con el fin de reflejar en su escrito de alegaciones, como circunstancia personal y social del menor, la existencia de condenas anteriores, y que la apreciación de esta circunstancia pueda conducir al Juez a valorar el hecho como de extrema gravedad.

El segundo problema parte de la inexistencia de normas sobre la cancelación de antecedentes. De la constatación de esta laguna normativa no se puede concluir sin más que los antecedentes del Registro especial no son cancelables, o mejor dicho, que en ningún caso cabrá entender cancelados esos antecedentes a efectos de dejar de apreciar la reincidencia –como impone el párrafo final del artículo 22 CP–, por cuanto tal interpretación supondría hacer al menor infractor de peor condición que el delincuente adulto. Téngase en cuenta además que el ámbito de aplicación de la Ley, entre los catorce y los dieciocho años (con posibilidad de prolongación hasta los veintiuno) permite que la cuestión de la cancelación de los antecedentes no sea una cuestión puramente teórica, sino con posible incidencia práctica. Se impone en este tema, una vez más, la aplicación supletoria del CP, y más concretamente, teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, su artículo 137, según el cual «las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto [...] en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida», sin plazos adicionales.

Una vez abordado el complejo tema de la constatación de la reincidencia, todavía se suscitan otros problemas en relación con la apreciación de la «extrema gravedad». En primer lugar, el empleo de la expresión «en todo caso» en la referencia a los delitos de terrorismo, homicidio, asesinato y agresión sexual, parece apuntar que en los casos de reincidencia la apreciación de la extrema gravedad no será automática, sino que habrá de ser valorada por el Juez en cada supuesto y en su caso «apreciada expresamente en la sentencia». Esta apreciación expresada en la sentencia habrá de hacerse también en los supuestos de comisión de los delitos anteriormente mencionados, y supondrá para el Juez, no una mera facultad, sino la obligación de imponer –«el Juez habrá de imponer», dice la Ley– las medidas de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada, de acuerdo con la du-

ración y las normas específicas de cumplimiento recogidas en la regla 5.^a del artículo 9. Lo que en este precepto se denomina «ratificación» de la medida de libertad vigilada, una vez cumplida la medida de internamiento, no es otra cosa, *a contrario sensu*, que el reconocimiento implícito de emplear en su caso la facultad prevista en el artículo 14 de dejar sin efecto o reducir la medida.

La regla 6.^a establece que la medida de internamiento en régimen cerrado no podrá imponerse por la comisión de delitos imprudentes.

Por último, la regla 7.^a dispone que, cuando se aprecie la concurrencia de alguna de las circunstancias eximentes contempladas en los núms. 1.^o a 3.^o del artículo 20 CP, sólo podrán imponerse las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. En estos casos, si se produce el rechazo del tratamiento de deshabitación al que alude la Ley, también la medida adecuada a las circunstancias del menor que en su caso decida aplicar el Juez necesariamente habrá de ser una medida de naturaleza terapéutica incardinable en las letras *d)* o *e)* del artículo 7.

4. La prescripción

El artículo 10 de la Ley contempla tan sólo los plazos de prescripción de los delitos cometidos por las personas a las que les resulta aplicable la Ley (núms. 1 y 3), y de las medidas que les pueden ser impuestas (núm. 2).

Se aplicará supletoriamente el CP, por tanto, en lo relativo al *dies a quo* para el cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones (art. 132.1) y a su interrupción (art. 132.2). Queda la duda de si para determinar el término inicial del plazo de prescripción de las medidas se deberá aplicar la norma prevista para las penas (art. 134) o la prevista para las medidas de seguridad (art. 135.2 y 3). En realidad, la norma general es la misma en ambos casos: el cómputo del plazo se inicia con la firmeza de la sentencia. Al mismo tiempo, son acogibles y aplicables supletoriamente tanto la excepción del artículo 134 (en caso de quebrantamiento de la medida, la prescripción empezará a correr desde ese momento y no desde la firmeza de la resolución) como la del artículo 135 (cuando una medida deba cumplirse sucesivamente a otra anterior, el plazo de la prescripción comenzará a contarse desde el momento en que sea ejecutada o quede extinguida la medida anterior, y por tanto deba empezar a cumplirse la nueva medida).

5. Otras reglas para la aplicación de las medidas

Hasta este momento, una cuestión que no aparece claramente resuelta en la Ley es la de si por la comisión de un solo hecho delictivo se debe imponer una sola medida de las contempladas en la Ley, o si es posible la imposición de varias medidas por un solo hecho.

A favor de la segunda de las posibilidades apuntadas se encuentra la norma del artículo 7.3, que, apelando al principio de flexibilidad, habla de la elección de la «medida o medidas adecuadas».

Por el contrario, las normas contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley sólo son entendibles dentro de un sistema que parte de la premisa básica de que por cada hecho delictivo sólo cabe imponer una única medida.

Así, el artículo 11.2, que engloba los supuestos de concurso ideal y medial de infracciones, afirma que se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de las infracciones para aplicar la «medida (en singular) correspondiente». Con esta afirmación, parece sobrentenderse que la imposición de varias medidas sólo es posible en los casos de concurso real; en estos casos, contrariamente a la norma del párrafo 2 citado, el artículo 11.1 expresamente afirma que «al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas».

Más concluyente resulta todavía el artículo 12, que, en los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, obliga al Juez a imponer «una sola medida» tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos. No tendría justificación posible que por un delito de hurto, por poner un ejemplo, se pudiesen imponer varias medidas, y que por un delito de hurto continuado no se pudiese imponer más que una, o que por un delito de incendio que no causase daños personales se pudiesen imponer igualmente varias medidas, y que en cambio por un delito que causase varias muertes solo pudiera imponerse una medida. Por otra parte, la referencia a la imposición de la medida en su máxima extensión es meramente retórica, ya que seguidamente se admite la imposición de la medida con una duración menor cuando así lo aconseje el interés del menor; en realidad, también la medida en su máxima extensión sólo deberá imponerse, como cualquier otra medida, en tanto en cuanto lo aconseje el interés del menor.

Para determinar en qué casos estamos ante una infracción continuada habrá que acudir al artículo 74 CP. Sin embargo, la Ley introduce también en el artículo 12, desgajándola del concepto clásico de concurso ideal que maneja el artículo 77 CP y con escaso rigor técnico, la categoría de lo que denomina «una sola infracción con pluralidad de víctimas», reduciendo aparentemente el ámbito natural del concurso ideal del artículo 11.2 a la acción que colme las exigencias típicas de al menos dos infracciones delictivas distintas y cuya punición conjunta no esté vedada por aplicación de las reglas que regulan el concurso de normas.

No obstante todo lo anterior, que es posible la imposición de varias medidas en un mismo procedimiento resulta evidente, como se desprende claramente de la lectura del artículo 13. Ello resultará además bastante frecuente, ya que se tenderá, por aplicación supletoria de las reglas de conexidad delictiva previstas en el artículo 17 LECrim y en especial la de su núm. 5.º, a lo que la Ley denomina enjuiciamiento de todos los delitos atribuidos a un mismo menor en unidad de Expediente (art. 20.3). Esta posibilidad de enjuiciar en un mismo procedimiento varios hechos distintos atribuidos a un mismo menor justifica el que en una misma sentencia, aun observando la regla general de no imponer más de una medida por hecho imputado, se puedan imponer varias medidas, y explica asimismo el que en el texto de esta Circular se hagan continuas referencias a supuestos de sentencias que condenan al cumplimiento de dos o más medidas.

También es posible, por expresa previsión legal, que las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio se impongan conjuntamente con otra medida, aun habiendo sido sentenciado un solo hecho [letras *d*) y *e*) art. 7]. Esto no podrá suceder sin embargo, como ya se indicó *supra*, en los supuestos en que se haya declarado la exención de responsabilidad del menor. Su ámbito natural de aplicación parece ser, por tanto, el de la apreciación como eximente incompleta o atenuante analógica de alguna de las circunstancias de los núms. 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 CP.

En cualquier caso, cuando se condene al menor en una misma sentencia al cumplimiento de varias medidas que se hayan de cumplir sucesivamente, el tiempo total de cumplimiento no podrá exceder del doble de la duración de la medida más grave impuesta (art. 13 *in fine*).

VI. INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE

1. Introducción

La instrucción del Expediente de reforma de menores se encomienda al Ministerio Fiscal con el fin —entre otros— de garantizar el cumplimiento de uno de los postulados que desde la STC 36/1991 se ha alzado como definitorio del sistema de justicia penal de menores: la preservación a ultranza de la imparcialidad judicial.

Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento (arts. 6 y 16.1) con el fin de que el Juez de Menores limite su actuación a ejercer la garantía última del respeto a los derechos fundamentales afectados por la investigación y a efectuar en su momento el enjuiciamiento final de la causa sin prejuicio ni sospecha de parcialidad.

La interpretación de los artículos que regulan la instrucción en la LORPM (Título III) autoriza a entender que la participación de la autoridad judicial en esta fase del procedimiento se halla sujeta a importantes restricciones que procuran preservar su imparcialidad manteniéndolo alejado de las labores de investigación material.

Desde el punto de vista orgánico, por otra parte, la relación del Fiscal instructor con el Juez de Menores no es jerárquica, al ser la instrucción competencia del Fiscal y no sujetarse a revisión judicial directa en tanto no concluya dicha fase.

De este modo la instrucción del Expediente, exceptuadas las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la declaración de secreto y la preconstitución de prueba, deviene competencia y responsabilidad exclusiva del Fiscal, desplazándose la tutela judicial efectiva sobre las vicisitudes acaecidas en el desarrollo de la investigación a una fase ulterior del proceso, tras la presentación del correspondiente escrito de alegaciones de la defensa.

La LORPM continua la línea evolutiva emprendida en la anterior Ley Orgánica 4/1992 y hace más visible si cabe la desjudicialización de los aspectos materiales de la investigación en aras de una rigurosa delimitación práctica de la función jurisdiccional como esencialmente juzgadora y de ejecución de lo resuelto, en los términos del artículo 117.1 de la Constitución.

2. Diligencias Preliminares

El Expediente de reforma se abre con un acuerdo formal de incoación pronunciado por el Fiscal en forma de Decreto que se fundamenta en la formulación de un doble juicio de valor: de un lado, que los hechos que han llegado a su conocimiento por cualquier medio de posible eficacia (denuncia, atestado policial, oficio remisorio de autoridades o funcionarios, notoriedad pública, etc.) resultan verosímiles, tienen relevancia penal e incriminan a una o varias personas menores

de edad; de otro lado, que el interés de tales menores no aconseje precisamente evitar la incoación del proceso y su potencial efecto estigmatizador remitiendo la corrección del menor al ámbito de la propia familia, o a las instituciones de protección (art. 18).

En consecuencia, la intervención del Fiscal en el procedimiento de menores comienza antes de dictar el Decreto de incoación del Expediente, en una fase preliminar que tiene por objeto la valoración previa de los términos de la denuncia y la verificación, si es preciso, de actividades materiales de comprobación que estime necesarias para resolver sobre la incoación o no del Expediente.

Toda denuncia o atestado motivará la incoación de las correspondientes Diligencias Preliminares a las que se asignará numeración correlativa que tendrá por función la identificación de las actuaciones emprendidas por la Fiscalía con independencia de cuál sea su resultado ulterior –archivo, desistimiento de incoación o incoación del oportuno Expediente de reforma.

2. A) RECEPCIÓN DE LA *NOTITIA CRIMINIS*. INCOACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

La Fiscalía tomará conocimiento de la existencia de hechos presuntamente constitutivos de delito o falta cometidos por menores de edad bien por medio de atestado policial, con o sin detenido, bien por oficio remisorio de actuaciones administrativas en las que se haya detectado el presunto delito o falta por la autoridad o funcionario público competente, bien por denuncia de particular o incluso por notoriedad misma del hecho si éste ha adquirido difusión en los medios de comunicación social, pues aunque la Ley nada prevea al respecto, el Fiscal puede incoar de oficio las actuaciones procesales.

Las vías de recepción de la noticia no presentan singularidad alguna en relación con los procesos penales de adultos y como fuentes de conocimiento no plantean otro problema que el de la verosimilitud de su contenido y el de la correcta identificación del denunciado o detenido, a efectos de constatar su edad.

Consideración autónoma merecen los supuestos en que la *notitia criminis* ha llegado en primer lugar a conocimiento del Juez de Instrucción correspondiente y ha motivado la incoación de alguno de los procesos penales de adultos regulados en la LECrim, pues en este caso existirá una previa resolución judicial ordenando la remisión de los antecedentes a la Fiscalía de Menores bien en original o mediante testimonio.

La entrada en vigor de la Ley activa a su vez una nueva posibilidad, ya anticipada en el artículo 69 del CP: que el Juez de Instrucción, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley, resuelva la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de los menores a imputados mayores de 18 años y menores de 21.

En los casos en que se sospeche en el proceso penal de adultos que todos o alguno de los inculpados son menores, se ha de exigir que la determinación de la edad se haga con el debido rigor, con acreditación del día e incluso, si es el caso, de la hora de nacimiento de los mismos. Con este objeto el Fiscal que tenga asignado el conocimiento del proceso penal deberá solicitar la incorporación de la correspondiente certificación registral de inscripción de nacimiento y en defecto de ésta solicitará se recaben otros medios de prueba útiles, bien documentales, como

la partida de bautismo, bien testificales o periciales, en línea con lo previsto en los artículos 375 y 376 LECrim.

Normalmente los problemas más graves se plantearán en relación con extranjeros no documentados –el art. 32.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, atribuye precisamente al Juez de Menores el esclarecimiento de la edad de los no documentados– o con grupos de población marginal que no han verificado la inscripción registral de los nacimientos.

El Fiscal encargado del despacho del asunto penal deberá interponer recurso contra la decisión del Juez de Instrucción –o Juez de lo Penal o Audiencia Provincial en su caso– de inhibirse en favor de la Fiscalía de Menores si existe duda razonable de la verdadera edad del inculcado y no se han agotado los medios de prueba disponibles, pues los órganos de la jurisdicción penal de adultos no deben declinar su competencia sin previa certeza del dato de la edad del inculcado.

Si pese al diligente agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable acerca de la minoría de edad del inculcado habrá de aceptarse la remisión a la Fiscalía de Menores, pues ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de menores, particularmente en un estado de cosas como el presente, en el que la aplicación de esas normas se extiende condicionadamente en favor de adultos de hasta 20 años.

En aquellos delitos o faltas que exijan como condición de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante, el Fiscal no podrá incoar Expediente si no se cumple dicho presupuesto, por lo que si la noticia del delito procede de autoridades, funcionarios o particulares distintos del agraviado o de su representante legal, el Fiscal deberá acordar la incoación de Diligencias Preliminares pero procederá a su inmediato archivo por no concurrir las condiciones de procedibilidad legalmente exigibles.

El Decreto de archivo se notificará al agraviado o a su representante legal, informándole de que puede activar el proceso, si lo desea, formulando la oportuna denuncia ante la Fiscalía dentro del plazo de prescripción del delito o falta previsto en el artículo 10.1.

En aquellos casos en que al Fiscal se le permite suplir la inactividad de la persona agraviada o de su representante legal, como sucede por ejemplo en relación con los delitos de agresión, acoso y abuso sexual (art. 191.1 del CP), el Fiscal tras incoar Diligencias Preliminares valorará los intereses en conflicto y decidirá sobre la incoación del Expediente de reforma en un Decreto motivado que expresará las razones que le mueven a ordenar la prosecución del procedimiento.

En cuanto a los delitos privados –injurias y calumnias contra particulares y contra autoridades y funcionarios por hechos no concernientes a sus respectivos cargos o funciones– la LORPM obliga a entender que se ha producido un cambio trascendental en su régimen de legitimación activa, desvinculándolo de las condiciones generales de procedibilidad.

Según el régimen común de la LECrim el Ministerio Fiscal tiene prohibido el ejercicio de la acción penal –art. 105– y el impulso del proceso constituye una carga del ofendido –art. 275.

Ambas previsiones de carácter general quedan exceptuadas en el específico ámbito de la LORPM que, al imponer la aplicación de su régimen de instrucción y enjuiciamiento a toda clase de delitos y faltas sin excepción alguna por razón de

su naturaleza –art. 1.1–, hace extensiva a los delitos privados la prohibición del ejercicio de la acción penal por particulares art. 25 párrafo 1– y el impulso de oficio.

Esto significa que corresponde al Fiscal ejercitar la acción penal por delitos de injurias y calumnias cometidos por menores, conservando el ofendido su poder de disposición sobre la misma, pues, de una parte, no se puede perseguir el delito sino a su instancia –art. 215.1 CP– y de otra, puede otorgar su perdón en cualquier momento del proceso, extinguiendo la responsabilidad penal –art. 215.3 CP.

Sin perjuicio de su indudable idoneidad como vehículo para transmitir la *notitia criminis* y la voluntad de perseguir el delito imputado, la necesaria adaptación del régimen de perseguibilidad de los delitos privados al proceso penal de menores obliga a modular la exigencia de la propia querrela referida en el artículo 215.1 CP. En efecto, el ofendido por un delito privado puede dirigirse al Fiscal manifestándole de modo expícito su interés en la persecución y castigo del mismo cuando haya sido cometido por un menor.

Para ello no necesitará de Abogado y Procurador, ni deberá utilizar la forma de la querrela, si bien su comunicación con el Fiscal no puede consistir simplemente en una mera narración de los hechos, sino que deberá contener inequívocamente una expresa declaración de voluntad de persecución del delito.

Si el Fiscal tuviere conocimiento de los hechos por otras fuentes, se abstendrá de toda actuación, inclusive de la incoación de Diligencias Preliminares, pues sin iniciativa del ofendido no podrá emprender acto alguno de relevancia procesal.

2. B) OBJETO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. DEPURACIÓN DE LAS DUDAS INICIALES DE VEROSIMILITUD. MODALIDADES CONCLUSIVAS

Recibida por cualquier vía la *notitia criminis* se incoarán en todo caso Diligencias Preliminares, las cuales pueden concluir mediante Decreto de archivo, de desistimiento de la incoación del Expediente o de incoación del Expediente de reforma.

En esta fase de Diligencias Preliminares se habrá de valorar la concurrencia de los presupuestos necesarios legalmente para acordar la incoación del Expediente de reforma, que son, desde el punto de vista fáctico, la verosimilitud de los hechos denunciados y la determinación de la identidad y edad de los partícipes en su ejecución y desde el punto de vista normativo, la tipicidad penal de la conducta denunciada.

En relación con el primer punto, la verosimilitud de los hechos denunciados es presupuesto de la incoación del Expediente porque un menor no debe verse involucrado en un procedimiento penal si el fundamento de la incriminación carece de consistencia.

Las actuaciones procedimentales en torno a los menores se conciben en los textos internacionales como un medio subsidiario de educación e inserción social al que se ha de recurrir sólo cuando no resulten eficaces otras soluciones de naturaleza extraprocesal –cfr. núm. 11 de las Reglas de Beijing.

Si el procedimiento penal es un mal menor de aplicación subsidiaria se debe comprobar con el debido cuidado que los hechos que se incriminan no presentan inicialmente dudas serias de verosimilitud pues de otro modo la incoación del Expediente carece de sentido.

Esto no significa que el Decreto de incoación del Expediente de reforma exija la percepción de una flagrancia o cuasiflagrancia en la comisión del delito o falta ni la recepción de un atestado o denuncia adornados con una prolija y sustanciosa base inculpativa, sino simplemente que el relato de hechos contenido en la denuncia no suscite, *prima facie*, dudas relevantes en cuanto a su credibilidad y consistencia interna.

En relación con el otro presupuesto fáctico, el relativo a la edad, es preciso también determinar con carácter previo la identidad y la edad precisa de las personas a las que se imputa la comisión de los hechos punibles antes de resolver sobre la incoación del Expediente de reforma.

La comprobación de estos datos de la realidad exigirá en algunas ocasiones la práctica material de diligencias de investigación con apoyo normativo en el artículo 16.2 de la Ley y en el artículo 785 bis LECrim, supletoriamente aplicable conforme a la disposición final primera de la LORPM.

Según el artículo 16.2 el Fiscal admitirá a trámite o no la denuncia según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito y practicará las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión.

Según el artículo 16.3 una vez efectuadas las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del Expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.

Aunque la Ley habla de inadmisión a trámite de la denuncia, los Fiscales incoarán siempre Diligencias Preliminares, si bien se abstendrán de practicar diligencias de comprobación cuando los hechos carezcan de tipicidad penal procediendo a dictar el correspondiente Decreto de archivo.

También se archivarán las Diligencias Preliminares sin comprobación alguna por aplicación subsidiaria del artículo 269 LECrim cuando los hechos denunciados resultaren manifiestamente falsos.

Procederá, por el contrario, la práctica de diligencias materiales de investigación en fase preliminar si los hechos denunciados no resultan ser manifiestamente falsos pero ofrecen dudas ciertas en su verosimilitud que puedan ser fácilmente despejadas en un trámite breve.

El carácter preliminar de las diligencias ordenadas por el Fiscal se deduce de la correlación del apartado 3 con el apartado 2 del artículo 16, al indicarse que la dación de cuenta de la incoación del Expediente al Juez de Menores, y en consecuencia, hay que entender, el propio Decreto de incoación que lo sustenta, se producirán con posterioridad a la práctica de dichas diligencias.

Los Fiscales deberán hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar, pues la nueva Ley busca el robustecimiento de los principios de defensa y de equilibrio de partes en la fase de instrucción, lo que obliga a no demorar su incoación con una actividad preliminar que en modo alguno debe convertirse en sustitutivo o anticipo del Expediente de reforma.

La actividad preliminar de investigación se justificará sólo en la medida en que exista una necesidad clara de despejar las dudas iniciales que la denuncia haya podido suscitar, pues donde verdaderamente se van a materializar en su plenitud los principios constitutivos del proceso será en la fase de instrucción propiamente dicha, subsiguiente al Decreto de incoación del Expediente, tras producirse la designación de Letrado al menor y tras ser puesto éste al corriente de

los términos de la imputación y de las actuaciones ya practicadas en sede policial y fiscal.

Lo que justifica la necesidad de desarrollar una investigación previa al Decreto de incoación es la existencia de duda razonable en torno a la verosimilitud de la imputación y a la identidad y edad de los partícipes; su objetivo no puede ser otro que el esclarecimiento de estos extremos, en defensa activa del interés del menor que corre el riesgo de sufrir una imputación infundada si se opta por una incoación automática del Expediente.

Si incoadas Diligencias Preliminares se comprueba que el denunciado es menor de catorce años, el Fiscal dictará de inmediato Decreto de archivo remitiendo las actuaciones a la entidad de protección conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Ley. Si se comprueba que el denunciado es mayor de 18 años, también dictará Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares y remitirá aquéllas al Juez de Instrucción competente, pues el procedimiento de reforma no es un procedimiento tipo de investigación de hechos criminales sino un mecanismo específico de tratamiento jurídico penal del menor que se justifica única y exclusivamente en la existencia comprobada de algún menor infractor, sin lo cual no es posible dictar Decreto de incoación de Expediente.

Si la duda en torno a la edad verdadera del denunciado no llega a despejarse en fase de Diligencias Preliminares pese al diligente agotamiento de los medios de investigación disponibles, en caso de suscitarse duda racional sobre la mayoría de edad del sujeto, se incoará Expediente de reforma y quedará sujeto a la jurisdicción de menores en tanto no se acredite fehacientemente su mayoría de edad al ejecutar el hecho punible.

Si la duda no despejada es en torno a si el sujeto tenía o no cumplidos los 14 de años de edad al ejecutar los hechos, dicha duda se dirimirá en sentido favorable al menor y no se le exigirá responsabilidad penal, debiendo el Fiscal dictar Decreto de Archivo de las Diligencias Preliminares con remisión de lo actuado a la entidad de protección correspondiente.

La valoración del grado de consistencia de la imputación contenida en la denuncia o atestado no se puede desvincular completamente de la naturaleza de la fuente de la que procede la *notitia criminis*, pues, en general, y sin que quepa descartar la existencia de relevantes excepciones, los hechos conocidos mediante atestado policial o a través de oficio remisorio de una autoridad o funcionario público harán infrecuente el planteamiento de genuinas dudas en torno a su verosimilitud, por lo que en estos casos procederá la transformación inmediata de las Diligencias Preliminares en Expediente de reforma mediante el pronunciamiento del correspondiente Decreto de incoación.

Normalmente el atestado comprende cierto número de diligencias de investigación sustanciadas por la Policía judicial, en muchas ocasiones por grupos especialmente cualificados para la investigación y tratamiento de la delincuencia de menores y juvenil, que vienen a suponer un respaldo consistente de los términos en que se formula la incriminación—declaraciones de testigos, inspecciones oculares, cacheos y registro personales, recogida *in situ* de instrumentos y efectos, determinadas pericias, etc.—. Estas diligencias policiales nacen con vocación de ser incorporadas al Expediente de reforma y constituyen por la propia cualificación técnica de sus autores una singular fuente de conocimiento.

En cuanto a los oficios remisorios procedentes de autoridades o funcionarios que en el desempeño de sus responsabilidades detectan hechos presuntamente

delictivos cometidos por menores, también suelen acompañarse de soportes documentales suficientemente expresivos de los hechos denunciados y de los indicios de participación del menor en los mismos.

Las denuncias formuladas por particulares, sin embargo, presentan un perfil diferente, y exigen una más cuidadosa selección y valoración por el Fiscal. No se trata de sembrar una duda sistemática en torno a este tipo de denuncias, que en la mayor parte de las ocasiones constituyen una fuente fiable de conocimiento y una ayuda inapreciable para la realización del valor constitucional de la justicia mediante la colaboración ciudadana. Se trata simplemente de que el Fiscal asuma, en garantía del interés prevalente del menor denunciado, una función de filtro respecto de aquellas denuncias que en su propia redacción presenten contradicciones palmarias, ambigüedades o sospechosas inconsecuencias.

Este celo se ha de extremar en el caso de las denuncias anónimas, que por lo general deberán conducir al archivo de las Diligencias Preliminares incoadas en base a las mismas, pues repugna a la sensibilidad propia del profesional avezado en el desempeño de funciones tuitivas de menores que una decisión tan trascendente como es el Decreto de incoación del Expediente de reforma, expresión formal de una imputación delictiva sustentada por la autoridad del Ministerio Fiscal, tenga por único fundamento un escrito de procedencia ignorada y de cuyo contenido nadie se hace responsable.

El respeto que el menor debe inspirar a los profesionales de la Justicia como sujeto de derecho obliga a buscar soluciones nada complacientes con el empleo y proliferación de esta insidiosa modalidad de delación y no cabe duda de que el medio más saludable de prevención es la negativa a incoar Expediente de reforma y el archivo de las Diligencias Preliminares.

Sólo en caso de que la denuncia anónima se refiera a hechos de cierta relevancia y contenga en su texto datos particulares de fácil comprobación podrá, con carácter excepcional, motivar el desarrollo de una investigación preliminar que permita contrastar el fundamento y ajuste a la realidad de su contenido inculpatario. En este supuesto la tramitación de las Diligencias Preliminares despliega su genuina potencialidad tuitiva de los derechos del menor convertida en filtro que depura los datos de hecho sobre los que el Fiscal sustenta su decisión de la apertura del Expediente de reforma.

En cuanto a la denuncia de hechos típicos cometidos por personas ignoradas, es evidente que no procede en ningún caso la incoación de Expediente de reforma; el artículo 16.2 de la Ley ordena el archivo de la denuncia cuando los hechos no tengan autor conocido, pero se debe razonablemente complementar este mandato con la remisión de la denuncia y de los particulares incorporados con la misma al Juez de Instrucción para que por éste se incoe el procedimiento judicial oportuno y se resuelva lo procedente sobre su impulso o archivo en los términos previstos en la LE-Crim, pues si no se constata la autoría de los hechos y en consecuencia se ignora la participación de algún menor en los mismos la competencia del Juez de Instrucción ejercerá una *vis atractiva* que obligará a la remisión de los antecedentes a su sede.

En resumen, el Fiscal que reciba una denuncia o atestado incoará en todo caso Diligencias Preliminares, las cuales tramitará y concluirá con arreglo a estos criterios:

1.º Si los hechos denunciados no son constitutivos de delito o falta, procederá al archivo de las Diligencias Preliminares por atipicidad de la conducta. La misma

decisión de archivo se adoptará si, en términos equivalentes a los previstos en el artículo 637.1 LECrim, no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho denunciado.

2.º Si los hechos denunciados son manifiestamente falsos, procederá igualmente al archivo de las Diligencias Preliminares y se abstendrá de toda comprobación por aplicación subsidiaria del artículo 269 LECrim (disposición final primera de la LORPM).

3.º Si los hechos denunciados, sin ser evidentemente falsos, suscitan desde el principio dudas fundadas en cuanto a su verosimilitud, el Fiscal practicará en fase preliminar las comprobaciones que estime precisas para despejar tales dudas. Estas diligencias se ajustarán en su desarrollo a las previsiones generales contenidas en el artículo 785 bis LECrim, subsidiariamente aplicable, y en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) por su alcance general en la regulación de la actividad investigadora del Fiscal.

La diligencia más lógica en estos casos es la citación ante el Fiscal de la persona autora de la denuncia para que proceda a la ratificación de su contenido, así como a ampliar y aclarar cuantos extremos resulten oscuros o de dudosa comprensión.

En ningún caso se extenderá la investigación preliminar más allá de lo estrictamente necesario para despejar la duda inicial. Si no se alcanza un convencimiento mínimo y elemental de la verosimilitud de la imputación, el Fiscal dictará Decreto ordenando el archivo provisional de las Diligencias Preliminares, sin perjuicio de su reapertura posterior si se localizaran nuevos datos o fuentes de conocimiento.

4.º Si el Fiscal aprecia claramente la concurrencia de cualesquiera otras de las causas a las que la LECrim asocia el sobreseimiento previsto en los artículos 637 y 641 LECrim, acordará también el archivo de las Diligencias Preliminares. No obstante, se recomienda incoar Expediente de reforma en todos aquellos casos en que no siendo evidente la concurrencia de causas de sobreseimiento, merezca la pena agotar las diligencias de investigación posibles con el fin de esclarecer los hechos.

5.º Si los hechos no plantean dudas relevantes de verosimilitud, tienen encaje en alguno de los tipos del CP o de cualquiera de las leyes penales especiales y se predicen de personas identificadas y comprobadamente menores de edad, salvo que el interés del menor exija un desistimiento de la acción en los términos del artículo 18.1, el Fiscal dictará Decreto de incoación del Expediente de reforma y emprenderá la fase de instrucción propiamente dicha con la plenitud de garantías que la Ley procura.

El Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares deberá notificarse a los denunciados (art. 16.2, *in fine*) por cualquier medio de comunicación que permita acreditar la recepción de la cédula. A los denunciados se les informará que contra la decisión del Fiscal no cabe recurso y que no pueden reiterar la denuncia ante el Juez de Instrucción, por carecer éste de competencia objetiva en la materia. A los perjudicados, aunque no hayan sido denunciados, también se les notificará el archivo informándoles que con la notificación se reactiva el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción ordinaria.

Los Decretos de archivo de Diligencias Preliminares no constituyen decisiones jurisdiccionales y como tales no implican un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que nada impide su revisión futura si se localizan nuevos hechos o

elementos probatorios que aconsejen la reapertura de las Diligencias Preliminares o la incoación del Expediente de reforma.

2. C) DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE: JUICIO DE OPORTUNIDAD ACERCA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Los textos internacionales relacionados con la justicia de menores insisten en la atribución de amplias facultades discrecionales a las autoridades encargadas de conducir el procedimiento con el fin de aplicar en cada caso la solución más acorde con los intereses concretos del menor investigado.

La actuación discrecional del investigador, cuyo trasunto procesal es el principio de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción, no constituye por ello un espacio reservado al libre decisionismo del instructor, sino que resulta del ejercicio de una potestad discrecional vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor que informan el texto de la Ley.

El Fiscal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos en relación con los delitos públicos, está autorizado a desistir del ejercicio de la acción penal en determinadas circunstancias y la primera manifestación de este principio la encontramos en el artículo 18 de la Ley, que regula el llamado desistimiento de la incoación del Expediente para articular la corrección en el ámbito educativo y familiar.

Establece este precepto que el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del Expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, siempre y cuando no conste que el menor haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

El presupuesto de esta decisión es doble: formalmente la infracción debe hallarse tipificada como mera falta o como delito menos grave, en el bien entendido de que delitos menos graves son todos aquellos que tienen prevista en el CP una pena de naturaleza menos grave (art. 13.2 en relación con el art. 33.3 del CP); materialmente, el hecho ha de verse exento de toda forma de violencia o intimidación en su ejecución, lo que supone la exclusión de determinados delitos menos graves en los que se actúan formas efectivas de coacción o intimidación aunque sean de naturaleza menos intensa.

En cuanto a la exigencia legal de que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza (art. 18.2) se ha de entender que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa, pues en una interpretación lógica de la ley este precedente, que sin duda le habría impedido beneficiarse en su momento del desistimiento del Fiscal, se convertiría en obstáculo para lograr el mismo beneficio respecto de hechos posteriores.

Si el hecho anterior es constitutivo de mera falta, o de delito menos grave sin concurrencia de violencia o intimidación, podría entenderse que el Fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento sólo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza que el hecho actual, atendiendo a si se ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante.

No es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la Ley se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas ejecutorias.

La remisión a la intervención educativa de la propia familia del menor se enuncia en el epígrafe introductorio del artículo 18, pero curiosamente no se menciona en el texto que desarrolla el citado artículo, que sólo prevé el traslado de lo actuado a la entidad de protección de menores, aunque es obvio que este traslado sólo tiene sentido si se detecta en el menor alguna situación relevante de riesgo o desamparo que justifique la adopción de las medidas de protección en el orden civil.

No toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite de la activación de los recursos previstos en el CC y en la Ley Orgánica 1/1996 citados en el artículo 3 de la Ley.

El desistimiento se acordará en un Decreto motivado que determinará el archivo de las Diligencias Preliminares, del cual se dará traslado al Juez de Menores para que proceda a la incoación de la pieza de responsabilidad civil si existen perjudicados.

3. Fase de instrucción

La fase de instrucción se inicia con el Decreto de incoación del Expediente de reforma. El Fiscal debe dar traslado inmediato del mismo al Juez de Menores. Aunque la LORPM utiliza expresiones como «dar cuenta» (art. 16.3) o remitir «parte de incoación» al Juez (arts. 22.2 y 64.1.^a) la comunicación no puede ser entendida como un mero formalismo, pues desencadena importantes efectos jurídicos, en la medida en que precipita la constitución de la relación jurídico-procesal, fuerza la incorporación de los pasivamente legitimados como parte necesaria en la pieza principal, y marca el punto de inicio en la tramitación de las Diligencias judiciales y de la pieza separada de responsabilidad civil.

Es preciso que el Decreto contenga una sucinta exposición de los hechos que se incriminan, o en su caso que se acompañe de la copia del atestado policial o de la denuncia que haya motivado su adopción. La documentación que reciba el Juez deberá consignar con claridad la identidad de los menores expedientados, de sus representantes legales o guardadores y de los posibles perjudicados, en su calidad de partes de la pieza de responsabilidad civil.

Recibido el parte e incoadas las oportunas diligencias en el Juzgado de Menores (art. 16.3) el Secretario del Juzgado requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados (art. 22.2).

El Fiscal por su parte debe notificar el Decreto al perjudicado si ya le consta su identidad o en su caso tan pronto como de la instrucción del Expediente se obtenga constancia de su existencia (art. 22.3). Esta notificación deberá comprender información del derecho que le asiste de personarse en la pieza de responsabilidad civil y, por supuesto, del derecho a personarse en la pieza principal en los términos del artículo 25.

Incoado el Expediente la instrucción se encaminará no sólo a preparar la celebración de la audiencia, sino también a buscar la solución procesal más beneficiosa para el menor, lo que en ciertos casos justificará el desistimiento de su continuación y la renuncia a la audiencia.

3. A) INTERVINIENTES

En el proceso de reforma de menores intervienen el Ministerio Fiscal, que dirige la instrucción y tiene atribuido en exclusiva el ejercicio de la acción penal, y el menor inculcado, representado y defendido por Letrado.

El Fiscal se ubica en una posición de difícil articulación, pues debe compatibilizar el ejercicio de la acción penal con la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6).

Facultativamente el o los perjudicados por el delito pueden tener una intervención en el Expediente en los términos del artículo 25.2. Las condiciones de la Ley son sumamente restrictivas, pues ha de tratarse de hechos presuntamente cometidos por personas de al menos 16 años de edad, y de hechos acompañados de violencia o intimidación, o generadores de un riesgo grave para la vida o integridad física de las personas.

La Ley no exige que la violencia o intimidación empleadas sean graves o especialmente relevantes, por lo que habrá que estimar comprendidos en los supuestos de habilitación los delitos de naturaleza menos grave cuya descripción típica abarque el uso de violencia física o compulsiva contra personas.

Descartamos por extensivo el entendimiento del elemento normativo «violencia» como *vis in re* o fuerza en las cosas porque ampliaría las posibilidades de personación más allá de los límites razonables que impone la *ratio* de la norma, y también descartamos por expreso imperativo legal las infracciones leves, aunque comprendan el ejercicio de violencia.

En lo que se refiere a los delitos que hayan generado un grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, la previsión legal parece reproducir el presupuesto del apartado 4.º del artículo 9, si bien en un contexto distinto, en el que se difumina su sentido, pues si el riesgo generado, por grave que sea, no produce un daño efectivo, no existirá el perjuicio material que confiere legitimación procesal.

El Decreto del Fiscal que rechaza la personación de un perjudicado está sometido a control judicial directo, pues el perjudicado puede reiterar su solicitud ante el Juez de Menores en el plazo de cinco días desde la notificación del acuerdo denegatorio (art. 25.6). Vencido el plazo de cinco días el perjudicado pierde su derecho. Si la personación se pretende en fase de audiencia, la solicitud se dirigirá directamente al Juez de Menores, que resolverá por auto. Las decisiones judiciales adoptadas en esta materia serán susceptibles de recurso en los términos de los artículos 25.9 y 41.2.

La Ley no establece reglas específicas de postulación procesal y, a diferencia de lo que prevé para la pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.11.º), no hace excepción expresa del régimen general de postulación procesal previsto en la LECrim, por lo que hay que entender que el perjudicado no podrá personarse en la pieza principal si no está asistido de Abogado y representado por Procurador.

El perjudicado tiene muy acotado el objeto de su intervención procesal y no puede proponer la imposición de medida educativa alguna. El epígrafe del artículo 25 declara la inexistencia de acción particular y popular en este proceso y en su párrafo 1.º prohíbe el ejercicio de la acción penal por particulares, por lo que hay que entender que el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos y de la participación del menor en el

ejercicio de una legitimación procesal *sui generis*, dada su limitada capacidad de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal y, consiguientemente, respecto de las vicisitudes procesales que acompañen al genuino ejercicio del derecho de acción.

En su calidad de coadyuvante de la acusación pública su posición procesal queda supeditada a la intervención del Fiscal, quien al tener a su disposición el ejercicio de la acción penal limita con sus decisiones sus posibilidades de actuación. Si el Fiscal da por concluida la fase de instrucción y propone al Juez el sobreseimiento y archivo, el perjudicado no puede oponerse eficazmente a la decisión, ni impulsar con actos propios el proceso ni tan siquiera recurrir el subsiguiente auto de sobreseimiento, pues sólo en la medida en que el Fiscal sostiene el ejercicio de la acción pervive la legitimación del perjudicado.

Los derechos reconocidos en la Ley son los siguientes: derecho a tener vista de lo actuado y a ser notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden (art. 25 párrafo 3.º), derecho éste que se ha de circunscribir al conocimiento de las diligencias materiales de investigación de los hechos, no al informe del Equipo Técnico cuyo contenido se ha de mantener reservado también frente al perjudicado personado; derecho a participar en la práctica de las pruebas que se desarrollen en la fase de instrucción (art. 25 párrafo 5.º), a presentar un escrito tras la conclusión de la fase de instrucción en el que, valorando la actividad probatoria desarrollada, pase a proponer prueba para el acto de la audiencia (art. 25 párrafo 7.º), a proponer al inicio de ésta la práctica de nuevas pruebas (art. 25 párrafo 8.º), a ser oído sobre la resultancia probatoria obtenida en relación con los hechos imputados y la participación del menor en los mismos (art. 25 párrafo 8.º), a recurrir cuantos autos y providencias de los Jueces de Menores afecten a las facultades que tiene reconocidas (art. 25 párrafo 9.º) y a recurrir en apelación la sentencia misma.

La Ley sin embargo le prohíbe proponer pruebas o formular conclusiones en relación con la situación personal, familiar, psicológica y social del menor y proponer medidas educativas (art. 25 párrafos 4.º y 8.º). Tampoco puede solicitar la imposición de medidas cautelares (art. 28), la declaración de secreto del Expediente (art. 24) y la práctica de diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3), pues si no está prevista la audiencia del perjudicado antes de adoptar cualquiera de estas decisiones, tampoco se le puede considerar legalmente autorizado a solicitar por sí la adopción de las mismas.

El perjudicado puede personarse en el procedimiento tanto en la fase instructoria como en la fase de audiencia (art. 25 párrafo 2.º) si bien el ejercicio de sus facultades habrá de ajustarse a las necesidades de celeridad y simplificación imperantes en el proceso por lo que no podrá solicitar la retroacción de las actuaciones.

3. B) LAS DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN ORDENADAS POR EL FISCAL

El objeto de la instrucción del proceso de reforma de menores debe circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias que el Fiscal estime absolutamente imprescindibles para una formulación bien fundada del escrito de alegaciones o para obtener un criterio razonable de terminación anticipada del proceso y derivación del asunto hacia soluciones extraprocesales.

No se deben reiterar diligencias que la Policía haya practicado en el atestado correspondiente o que el Fiscal haya verificado en fase preliminar, pues tanto unas como otras quedan incorporadas al Expediente tan pronto se acuerda su incoación.

No hay que olvidar que en el proceso de reforma de menores, al igual que en el de adultos, la única prueba de cargo eficaz para hacer exigible la responsabilidad penal del inculcado es la que se practica en la vista oral, en fase de audiencia, y que la instrucción del Expediente constituye un mero trabajo preparatorio.

El Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional y, en consecuencia, no puede anticipar la prueba que ha de servir para fijar los hechos probados en sentencia, por lo que el momento oportuno para la reproducción del material probatorio recabado en la fase previa a la incoación del Expediente de reforma no es la fase de instrucción, sino la audiencia misma, en una vista oral, ajustada a los principios de intermediación judicial, contradicción y defensa, como única válida para producir prueba de cargo eficaz.

En consecuencia el Fiscal deberá acordar la práctica de aquellas diligencias instructorias que, no siendo reproducción de diligencias policiales o preliminares, resulten a su juicio de imprescindible verificación para esclarecer la participación del menor en el hecho presuntamente constitutivo de delito o falta y la medida o intervención educativa más adecuada en su caso.

Para valorar esta necesidad se ha de considerar que en el proceso de reforma de menores el principio de proporcionalidad no opera con la misma intensidad que en el proceso penal de adultos, pues si la pena impuesta al adulto ha de guardar en todo caso la debida proporción en relación con la intensidad del injusto cometido y el grado de culpabilidad acreditado, en el caso de las medidas educativo-sancionadoras previstas en la LORPM lo que se pretende es, primordialmente, la educación e inserción social del mismo, y la promoción de su bienestar y realización personal, y sólo de manera secundaria, la expresión del reproche social que merezca su conducta, expresión que además no exige inexcusablemente el enjuiciamiento de los hechos y el dictado de la sentencia (*v. gr.* art. 27.4).

De acuerdo con esta filosofía la calificación jurídico-formal de los hechos que se imputan al menor tiene menos trascendencia que en el proceso de adultos, porque la selección y graduación de la medida a imponer se verifica con amplia flexibilidad, atendiendo más que a la gravedad intrínseca de los hechos cometidos, a las necesidades y carencias educativas y personales que se aprecien en su autor.

El proceso además no busca necesariamente su conclusión mediante la celebración de audiencia y el pronunciamiento de una sentencia, sino que la Ley autoriza en bien del menor soluciones extraprocesales como la conciliación o la reparación que atienden a la realización de la finalidad educativa sin recurrir a medidas de naturaleza sancionadora.

Muchas de las diligencias que en el proceso penal de adultos resultan imprescindibles para redactar el escrito de acusación, tales como la tasación del valor de los efectos hurtados o dañados, o la determinación precisa del período de sanidad de un lesionado, pierden importancia en la fase de instrucción del proceso de reforma, por lo que al menos en aquellos casos en que el informe pericial no sea determinante de la tipificación del hecho como delito o falta, lo aconsejable será reservar para la audiencia la práctica efectiva de tales pruebas con el fin de no recargar la instrucción.

3. C) DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN INSTADAS POR LAS PARTES. INSTRUCCIÓN JUDICIAL COMPLEMENTARIA

Este criterio restrictivo ha de ser atendido también por el Fiscal cuando resuelva sobre la admisibilidad de las diligencias de instrucción solicitadas por el Letrado del menor o por el perjudicado personado en el proceso. Estas partes tienen derecho a proponer diligencias en fase de instrucción con el fin de dotar de contenido y fundamento a las solicitudes que formulen en el ejercicio de su respectiva legitimación, pero sin que ello signifique que dicho ejercicio haya de ser entendido como ilimitado.

El Fiscal dirige la investigación y goza de amplia discrecionalidad para resolver sobre la admisibilidad de las diligencias solicitadas por las partes. Sólo existe una diligencia que no puede rechazarse, la declaración del menor, pues según el artículo 26.2, trasunto del artículo 400 LECrim, cuando el Letrado proponga que se lleve a efecto la declaración del menor el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el Expediente si no está ya concluso.

En lo demás, el Fiscal debe valorar en concreto la pertinencia y utilidad de las diligencias de instrucción que se le piden y habrá de rechazar razonadamente aquellas que supongan mera repetición de las ya practicadas o que no aporten nada relevante a los efectos de resolver sobre la prosecución del procedimiento. La resolución del Fiscal se notificará al solicitante y se pondrá en conocimiento del Juez de Menores para su constancia.

Contra al Decreto del Fiscal rechazando una diligencia de instrucción solicitada por la parte no cabe recurso alguno, si bien cabe reiterar la solicitud ante el Juez de Menores: el perjudicado en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia –art. 25.6.º–, el Letrado del menor en cualquier momento –art. 26.1.

Aunque la Ley no establece límite alguno a la facultad del Letrado del menor para dirigirse al Juez postulando la práctica de la diligencia rechazada, en la medida en que es la propia Ley la que traza una separación neta entre las funciones de instruir y juzgar, parece prudente entender que la intervención efectiva del Juez de Menores en relación con las diligencias ordinarias de instrucción queda legalmente pospuesta hasta la apertura del trámite de audiencia [arts. 31 y 33e)].

No parece aceptable que el indudable derecho que asiste a la defensa de poder contradecir eficazmente el criterio del Fiscal instructor y de obtener una respuesta judicial fundada a sus pretensiones tenga que traducirse necesariamente en el desarrollo de una instrucción judicial paralela a la del Fiscal, pues dicho resultado práctico resultaría contraproducente, de dudosa operatividad y contradictorio con la estructura general del proceso que la Ley diseña, que atribuye al Fiscal el protagonismo en la fase de instrucción hasta su conclusión final, sin perjuicio del posterior control judicial sobre lo actuado que se ha de verificar en la fase intermedia, abierto el trámite de audiencia, al verificarse el juicio sobre el fundamento de la acusación.

El problema que plantean las diligencias de instrucción propuestas por la defensa y rechazadas por el Fiscal, al menos cuando se trata de diligencias relevantes a los efectos del proceso, esto es, a efectos de decidir si resulta procedente celebrar audiencia o sobreseer, halla cauce procesal adecuado de resolución en el trámite del artículo 33 e), que autoriza al Juez, una vez abierta la fase de audiencia, a practicar por sí dichas pruebas.

Esta posibilidad se alza como alternativa a la convocatoria de audiencia –art. 33 a)– y al sobreseimiento –art. 33 b) y c)– y sirve para configurar un genuino trá-

mite de instrucción judicial complementaria a instancia de la defensa cuyo objeto es dirimir la necesidad de proseguir el procedimiento.

Así pues, el Letrado del menor, tras la apertura del trámite de audiencia, todavía puede reclamar el sobreseimiento de la causa y fundar dicha pretensión en la práctica de aquellas diligencias que el Fiscal le rechazó en el curso del Expediente de reforma, pese a resultar pertinentes y útiles.

Dado que los escritos evacuados ante el Juez de Menores tanto por el Fiscal como por la defensa pueden contener una solicitud de sobreseimiento del artículo 30.4 y por remisión al artículo 31, pues en buena lógica procesal la facultad que se confiere al Fiscal de instar el sobreseimiento no le puede ser negada a la defensa—el Letrado del menor podrá aprovechar la evacuación del escrito de alegaciones para solicitar la práctica anticipada de diligencias cuando las considere reveladoras de la falta de fundamento de la acusación y determinantes en consecuencia de la aplicación de alguna causa de sobreseimiento —*v. gr.*, porque pueden demostrar la no participación del menor en el hecho que se le imputa (piénsese en un reconocimiento en rueda) o la inexistencia del propio hecho imputado.

Si el Juez de Menores, contradiciendo el criterio manifestado en fase de instrucción por el Fiscal, estima la pertinencia de las diligencias solicitadas, puede abrir entonces un breve trámite en el curso del cual las practicará por sí. Aunque la Ley sólo prevé que tras su práctica, se dé traslado de su resultado al Fiscal y al Letrado del menor, es obvio que la práctica judicial de las diligencias se debe verificar con citación de todas las partes personadas y así se exigirá por los Fiscales si se pretendiere llevar a cabo la prueba de espaldas a las mismas.

A la vista del resultado de esta actividad probatoria el Juez daría nuevo traslado al Fiscal y defensa —y en su caso al perjudicado personado— con el fin de que se pronuncie sobre el mantenimiento o la modificación de sus iniciales escritos, resolviendo definitivamente por auto sobre la celebración de la audiencia o sobre el sobreseimiento de las actuaciones.

Hay que entender por ello que cuando el artículo 33 *e)* habla de pruebas «que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia» no se está refiriendo sólo a la necesidad procesal de anticipar la práctica de las pruebas que no admitan demora, sino también a una necesidad de orden diverso, la que plantea el derecho que debe serle reconocido al Letrado del menor de evitar la celebración del juicio dándole la oportunidad de reclamar del Juez la práctica de aquellas diligencias rechazadas por el Fiscal que fueran verdaderamente reveladoras de la falta de fundamento de la acusación.

Esta solución puede ser la más adecuada porque, de un lado, evita el disfuncional desarrollo paralelo de dos instrucciones a un mismo tiempo, la judicial y la fiscal, que inevitablemente se produciría si se admitiese la posibilidad de que el Juez practicara antes de la conclusión del Expediente de reforma las diligencias de instrucción rechazadas por el Fiscal. De otra parte, garantiza a la defensa del menor la posibilidad de evitar tempestivamente la celebración de la audiencia, obteniendo del Juez de Menores un pronunciamiento de sobreseimiento fundado en la práctica de aquellas diligencias de instrucción que, denegadas en su momento por el Fiscal, puedan ser relevantes para enjuiciar con justicia el fundamento de la acusación.

Desde este punto de vista, los Fiscales habrán de ponderar la conveniencia de recurrir los autos del Juez de Menores que acuerden la práctica de diligencias de instrucción cuando el Expediente de reforma se halle todavía en poder del Fiscal,

defendiendo por los medios procesales oportunos, la exclusividad que al Ministerio Público atribuye la Ley en la dirección de la instrucción, hasta tanto sea declarado concluso el Expediente y remitido al Juez (art. 30).

3. D) OTRAS DECISIONES JURISDICCIONALES RELACIONADAS CON LA INSTRUCCIÓN

Cuestión distinta la constituyen las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, que el Fiscal no puede practicar por sí mismo, y que exigen la autorización del Juez de Menores mediante auto motivado (art. 23.3), pues en este caso su intervención se justifica por la necesidad de dispensar sin demora una tutela efectiva de los derechos fundamentales cuya restricción se halla constitucionalmente condicionada a la previa autorización judicial: la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución) y la integridad e intimidad personal en ciertas actuaciones de exploración corporal (arts. 15 y 18.1 de la Constitución).

También se debe excepcionar de la regla general la práctica de prueba anticipada, por la necesidad de intermediación judicial en su producción. Por aplicación supletoria de la LECrim (disposición final primera de la LORPM), especialmente de sus artículos 448 y 449, las partes podrán dirigirse al Juez para anticipar cualquier prueba que por razones ajenas a su voluntad no pueda previsiblemente ser practicada en la audiencia.

Se debe acudir al Juez en fase de instrucción para solicitar, si es el caso, la declaración de secreto de las actuaciones. El auto judicial resultante debe ser motivado y fundarse en una necesidad acreditada de verificar la instrucción sin conocimiento inmediato del Letrado del menor, lo que convierte a esta medida en verdaderamente extraordinaria, potencialmente lesiva del derecho de defensa y en consecuencia de uso muy restringido.

El auto habrá de efectuar una ponderación de los intereses en conflicto, de una parte el interés de la sociedad en la realización de la justicia frente a posibles maniobras del menor inculcado o de otras personas de su entorno encaminadas a ocultar o dispersar elementos de prueba; de otro, el derecho fundamental del menor a ejercer una defensa efectiva de su interés en la fase de instrucción del Expediente.

Aunque la Ley no lo exige, la excepcionalidad de la medida aconseja que el Juez establezca en su resolución un límite máximo a la duración temporal de la situación de secreto, que en principio no debería superar el plazo de un mes previsto en el artículo 302.2 LECrim, sin perjuicio de eventuales prórrogas de la medida.

El auto judicial en el que se acuerde la declaración de secreto será notificado al Letrado del menor en su parte dispositiva y una vez alzado el secreto se notificará íntegramente al Letrado para su conocimiento y eventual ejercicio del derecho a recurrirlo.

Determinadas diligencias de instrucción restrictivas de derechos, como la intervención de comunicaciones, exigirán la simultánea declaración judicial de secreto instructorio, por lo que procede que los Fiscales soliciten dicha declaración en el mismo escrito en que insten del Juez la adopción de la diligencia restrictiva de derechos.

El artículo 24 también autoriza al propio menor o a su familia a exigir el secreto del Expediente. Parece que la Ley autoriza una declaración específica de secreto interno de las actuaciones frente a los perjudicados.

Las exigencias de motivación y de adecuada ponderación de los intereses en conflicto no serían menores en este caso, pues una declaración incondicionada o injustificada de secreto conduciría a una arbitraria suspensión de los derechos reconocidos en la Ley las partes personadas.

3. E) LA INTERVENCIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO

La instrucción tiene por objeto, además del esclarecimiento de los hechos, el estudio de la personalidad del menor para alcanzar una comprensión suficiente de sus características personales, carencias educativas y necesidades de integración social. Con este fin se constituye el Equipo Técnico integrado por especialistas en las diversas ciencias del comportamiento que, bajo dependencia funcional del Ministerio Fiscal, elaboran un informe expresivo de las circunstancias psicológicas, familiares y educativas del menor, entorno social en el que vive y sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la Ley (art. 27.1).

El informe del Equipo Técnico constituye para el Fiscal una fuente de información de uso imprescindible –aunque no vinculante– para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas. Dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo. Tan pronto lo reciba el Fiscal, lo debe remitir al Juez de Menores y mediante copia al Letrado del menor (art. 27.5).

Es recomendable que, con el fin de no demorar de modo innecesario su intervención y dotar de una aconsejable inmediatez a su participación en el proceso, sea en el mismo Decreto de incoación del Expediente de reforma donde se ordene al Equipo Técnico la elaboración del informe en el plazo legal o la actualización de los anteriores si el menor ya fue objeto de previo estudio y exploración.

El Equipo Técnico tiene encomendada también una importante labor de mediación entre el presunto infractor y la víctima y si lo estima adecuado debe promover un acuerdo de conciliación o de reparación entre ambos en los términos del artículo 27.3 correspondiendo al propio Equipo la definición del contenido y finalidad de dicha actividad.

El ejercicio por el Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del Equipo Técnico, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo.

No es posible, por ejemplo, optar por el desistimiento en la continuación del Expediente en los términos del artículo 19.1 si el Equipo no alcanza el éxito en sus esfuerzos de mediación o no propone una actividad socioeducativa sustitutiva del proceso.

El Fiscal ciertamente no queda vinculado por las propuestas de este Equipo, pero es indudable que la dimensión no jurídica de los problemas que plantea la justicia de menores va a quedar perfilada por estos profesionales con los que se debe procurar mantener un contacto ininterrumpido y fluido.

Además la intervención del Equipo no se cierra con la instrucción, sino que continúa en trámites esenciales como son, entre otros, la comparecencia de medi-

das cautelares (art. 28.2), la audiencia (arts. 35.1 y 37.2), la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), la vista del recurso de apelación contra la sentencia (art. 41.1), la sustitución de medidas (arts. 50.2 y 51.1), y el alzamiento de una medida por conciliación sobrevenida a su ejecución (art. 51.2).

De trascendental importancia en la defensa del bienestar del menor es la función de asistencia personal que le atribuye la Ley desde la detención preventiva (art. 17.3) o desde la incoación del Expediente [art. 22.1 f)]

El estudio de los aspectos no jurídicos del proceso tampoco queda atribuido en régimen de exclusividad al Equipo Técnico, pues el Fiscal puede y debe hacer uso de otros informes procedentes de entidades públicas y privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado, como complemento necesario de la instrucción que en este punto sí debe buscar un conocimiento exhaustivo del perfil psicosocial del menor con el fin de aquilatar la salida procesal más adecuada para el mismo.

3. F) LAS MEDIDAS CAUTELARES

a) *Citación del inculgado*

La instrucción del Expediente de reforma requiere una disponibilidad permanente del menor que en cualquier momento puede ser citado por el Equipo Técnico, por el Fiscal o por el Juez de Menores para la práctica de las diligencias señaladas en la ley.

El Fiscal podrá citar al menor contra el que existan indicios fundados de su participación en los hechos con el fin de que comparezca a su presencia para recibirle declaración. Ciertamente la LORPM sólo prevé esta comparecencia a solicitud expresa del Letrado (art. 26.2), pero esta omisión no debe entenderse como negación de la facultad del Fiscal de recibir en declaración al menor si lo estima procedente, pues no se puede negar al Ministerio Público lo que se autoriza a la Policía durante la detención (art. 17.2).

Los Fiscales deberán en cada caso evitar sucesivas comparecencias del menor que contribuyen a generar en aquél una nada educativa familiaridad con las oficinas y dependencias oficiales. A tal fin, habrán de ponderar la conveniencia de hacer coincidir una citación única que agote, en la medida de lo posible, la práctica de los actos procesales que exijan la presencia del menor, evitando nuevas e innecesarias citaciones si no existen contrastadas necesidades relacionadas con el éxito de la instrucción.

Si el menor no acude a las citaciones, previo apercibimiento, deberá verse sujeto a la compulsión necesaria para forzar su participación en el proceso, pues no es sólo sujeto de derechos, sino también de deberes cuya exigibilidad condiciona la eficacia del mismo.

Por aplicación subsidiaria del artículo 487 LECrim la citación se transformará en orden de detención cuando el citado no compareciere ni justificare su ausencia. A estos efectos las citaciones que gire la Fiscalía deberán contener las indicaciones y apercibimientos oportunos siguiendo el modelo de los artículos 175 y 176 LECrim en lo que resulte aplicable.

b) *Detención*

El menor detenido goza en su plenitud de los derechos reconocidos en el artículo 520 LECrim, de los que ha de ser puntualmente informado en un lenguaje claro y comprensible.

Su régimen de detención, regulado en el artículo 17 de la LORPM, presenta especialidades de gran importancia, que refuerzan el círculo de garantías establecidas para la protección de su especial condición: la detención en sede policial no puede exceder de 24 horas y debe ser custodiado en dependencias separadas de las destinadas a los adultos.

La Ley exige del Fiscal que ponga en libertad al menor o inste lo procedente sobre su situación personal en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la detención. El precepto no se remite al plazo de 72 horas fijado en el artículo 17.2 de la Constitución y en el artículo 520.1.2 LECrim como límite cronológico de eficacia general, ni tan siquiera fija como momento inicial del cómputo aquel en el que el detenido es puesto a disposición de la Fiscalía: las cuarenta y ocho horas se computan desde el momento mismo de la detención.

Los Sres. Fiscales, de acuerdo con la doctrina constitucional, extremarán su celo para que el período de detención dure lo estrictamente necesario, evitando el agotamiento de los plazos legales cuando no exista una razón poderosa que lo justifique.

Cuando el delito lo comete un menor integrado en banda armada o relacionado con individuos terroristas o rebeldes, la detención gubernativa tendrá un plazo máximo de duración de setenta y dos horas a la vista de la remisión expresa e incondicionada que el artículo 17.4 hace al artículo 520 bis LECrim, que supone una excepción singular al régimen general aplicable a la detención de los menores de edad.

Las facultades judiciales para resolver la prórroga de la detención y la comunicación del detenido pasan a ser competencia del Juzgado de Menores.

c) *Habeas corpus: problemas específicos*

En lo que se refiere a la competencia para resolver las solicitudes de *habeas corpus* presentadas con motivo de la detención de un menor ésta sigue radicada en el Juez de Instrucción correspondiente.

Cuando el menor presente la solicitud de *habeas corpus* contra una detención ordenada por el Fiscal, o bien tras haber sido puesto por la policía a disposición de la Fiscalía de Menores y hallándose en consecuencia bajo su directa custodia, el Ministerio Fiscal se convertirá en parte pasiva del procedimiento regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

En este caso el representante del Ministerio Fiscal encargado de la Sección de Menores habrá de cumplir sin demora alguna el deber de comunicación impuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1984 y se habrá de asignar a otro Fiscal distinto del despacho de los trámites previstos en los artículos 6 (incidente de admisión de la solicitud de *habeas corpus*) y 7 (audiencia sobre el fondo de la cuestión).

La duplicidad de representación que esta situación genera resulta sumamente perturbadora para una Institución como es el Ministerio Fiscal, garante de los derechos procesales y que además tiene confiada en la propia Ley Orgánica [art. 3 b)], junto con el Defensor del Pueblo, la legitimación activa para promover el pro-

cedimiento de garantía, por lo que habrá que extremar la vigilancia y el control de la regularidad de las detenciones interesando de la Policía, tan pronto se reciba la notificación prevista en el artículo 17.1, la remisión de información puntual de los motivos y circunstancias que han llevado a la práctica de la detención e instando la libertad si no se estima suficientemente justificado el recurso a la privación de libertad.

d) *Otras medidas cautelares*

El Ministerio Fiscal solicitará del Juez, cuando lo estime procedente, la adopción de alguna de las medidas cautelares previstas en la Ley: internamiento en centro en el régimen que resulte adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Para ello es necesario que concurren en el menor indicios racionales de participación en el delito y que se compruebe además la existencia de un riesgo de fuga o de obstrucción a la acción de la justicia por parte del menor (art. 28.1).

El Juez de Menores, por lo tanto, no puede acordar de oficio medida cautelar alguna si no es instada previamente por el Ministerio Fiscal, única parte legitimada para formular peticiones de esta índole.

En cuanto al procedimiento para su adopción difiere según el tipo de medida que se persiga. Tratándose de internamiento, se habrá de celebrar una comparecencia en los términos del artículo 28.2 a la que asistirán el Letrado del menor, el representante del Equipo Técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores.

En dicha comparecencia, de naturaleza y características muy similares a la prevista en el artículo 504 bis 2 LECrim para acordar la adopción de medidas cautelares personales en el proceso de adultos, el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor podrán proponer medios de prueba que se practiquen en el acto, o en todo caso dentro de las 24 horas siguientes. Es conveniente que el Fiscal anticipe la proposición de prueba en el mismo escrito en el que inste la celebración de comparecencia, sin perjuicio de su facultad de proponer otras distintas al inicio de la sesión.

Tratándose de medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, el artículo 28.1 no exige la celebración de una comparecencia, pero sí la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, audiencia que podrá verificarse por trámite escrito.

En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor. Estas medidas, de ser estimadas, no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de próroga expresa. No obstante, los Sres. Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.

Si por el contrario el Fiscal va a interesar la medida de internamiento, habrá de poner al detenido a disposición del Juez de Menores antes del agotamiento del pla-

zo de cuarenta y ocho horas y deberá solicitar simultáneamente la convocatoria de comparecencia. La Ley nada dice del plazo en el que se debe celebrar la misma, pero dado que la situación del detenido se debe legalizar, por aplicación supletoria del artículo 497.1 LECrim, en un plazo máximo de setenta y dos horas a partir de la puesta a disposición judicial, la comparecencia deberá celebrarse en ese término.

No conviene demorar la convocatoria, pues determinados medios de prueba quizá tengan que practicarse en las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia, por lo que conviene dejar un margen razonable de tiempo ante esta eventualidad.

En caso de no poder celebrarse la comparecencia dentro del plazo de las setenta y dos horas, concurriendo un riesgo cierto de fuga, el Juez por aplicación supletoria del artículo 504 bis 2 y 4 LECrim podrá acordar el internamiento del menor mediante auto motivado y la convocatoria de nueva comparecencia a celebrar en el plazo de las siguientes setenta y dos horas.

La medida de internamiento, de estimarse, tendrá un plazo de duración máximo de tres meses, prorrogables por otro plazo igual a petición del Fiscal. Esta limitación cronológica obligará a los Fiscales a llevar un control preciso de la medida con el fin de instar y obtener la prórroga antes de la expiración del plazo inicial de tres meses.

El Juez, por supuesto, podrá en cualquier momento alzar la medida si entiende que han cesado los supuestos que la justificaban sin previa solicitud de parte, o la podrá sustituir por vigilancia o convivencia dada la condición menos restrictiva de la libertad del menor que estas medidas imponen.

El artículo 29 se refiere a los menores en los que se aprecie la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en el artículo 20.1.º, 2.º y 3.º del CP y exige la adopción de las medidas cautelares precisas para su protección y custodia conforme a los preceptos civiles. La medida cautelar de naturaleza penal más adecuada para estos casos sería el internamiento terapéutico, cuyo presupuesto legal se hallaría en el artículo precedente, al referirse al internamiento en centro *en el régimen adecuado*, lo que en buena hermenéutica autoriza la remisión a la medida del artículo 7.1 d).

En todo caso hay que considerar comprendida en el ámbito del artículo 29 LORPM la posibilidad de sujetar al menor a un tratamiento ambulatorio como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el artículo 158.3.º CC, a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia. A diferencia de lo que ocurre con el internamiento terapéutico, inserto en el elenco de medidas cautelares del artículo 28 LORPM, el tratamiento ambulatorio constituiría una medida protectora de naturaleza civil.

En cuanto a la incapacitación del menor y la promoción de la constitución de los organismos tutelares, huelga decir que no son verdaderas medidas cautelares, y que para su promoción el Fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil, ante los que formulará las pretensiones que estime oportunas.

4. La conclusión de la instrucción

La instrucción concluye tan pronto como el Fiscal ha conseguido reunir los datos de hecho y elementos de juicio precisos para resolver sobre la prosecución del

procedimiento mediante la formulación de un escrito de alegaciones, escrito que se justifica en un doble juicio de valor:

- Que la participación del menor en los hechos punibles denunciados aparezca suficientemente justificada en base al número y calidad de las diligencias de investigación reunidas.
- Que las circunstancias personales y sociales del menor aconsejen la imposición de alguna de las medidas educativas previstas en la Ley.

Si el juicio de valor sobre el fundamento fáctico de la imputación es negativo, el Fiscal, agotadas infructuosamente las posibilidades de la instrucción, ha de remitir el Expediente al Juez de Menores acompañado de propuesta de sobreseimiento y archivo en función de alguna de las causas formalizadas en los artículos 637 y 641 LECrim.

Si lo que falla es el juicio sobre la oportunidad o necesidad de imponer al menor alguna de las medidas de corte educativo-sancionador previstas en la Ley, el Fiscal está autorizado para decretar anticipadamente la conclusión del Expediente y su remisión al Juez con solicitud de sobreseimiento y archivo derivando hacia vías alternativas o externas al proceso la realización del fin educativo y resocializador.

Ambas constituyen crisis del proceso, pero presentan un fundamento dispar: en el primer caso el proceso concluye por inexigibilidad de responsabilidad penal, pues los menores se benefician sin restricciones de los principios de legalidad penal y de presunción de inocencia; en el segundo caso el proceso se cercena por inadecuación de la respuesta penal a las necesidades educativas y sociales del menor, o porque se han logrado formas más satisfactorias de educación e integración social, como la conciliación o reparación de la víctima.

4. A) DESISTIMIENTO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Lo regula el artículo 19.1, que autoriza al Fiscal a desistir de la continuación del Expediente cuando el hecho imputado constituya delito menos grave o falta, atendiendo en particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, siempre y cuando, de manera alternativa:

- El menor se haya conciliado con la víctima.
- El menor haya asumido y cumplido un compromiso satisfactorio de reparación del daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito.
- El menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe.

A estos tres supuestos de desistimiento el artículo 27.4 incorpora otros dos, a propuesta del Equipo Técnico:

- Que no resulte conveniente al interés del menor la continuación del Expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche social que merece su conducta a través de los trámites ya practicados.
- Que por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos resulte inadecuada para el interés del menor cualquier intervención.

Estos supuestos de desistimiento implican renuncia a la audiencia y a la imposición de medidas de contenido sancionador-educativo en sentencia, pero no abandono de la necesaria intervención educativa, que se procurará articular por medios de naturaleza extraprocesal.

Desde el punto de vista procedimental, sin embargo, en estos cinco supuestos el Fiscal adopta una decisión de no ejercicio de la acción penal que impide la continuación del proceso aunque se haya personado el perjudicado y manifieste su dissentimiento, pues éste ejerce una legitimación meramente adhesiva que no le autoriza a suplantar al Fiscal en el ejercicio de la acción.

El Decreto del Fiscal por el que acuerde la conclusión de la instrucción deberá ser motivado y expresar su causa legal, con indicación del artículo de la Ley en que se ampara, pues aun siendo su discrecionalidad muy extensa y flexibles los presupuestos de su ejercicio, su facultad es de naturaleza reglada y ello obliga a hacer explícitos los motivos en que se funda con el fin de disipar toda sospecha de arbitrariedad.

El Decreto se notificará a todos los perjudicados por el delito o falta, se hayan personado o no en la causa, pues es una decisión que afecta a sus intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. B) EL SOBRESEIMIENTO DE LAS ACTUACIONES

El Fiscal puede solicitar por escrito el sobreseimiento del proceso por cualquiera de los motivos previstos en la LECrim.

El sobreseimiento se regula en el artículo 30.4 remitiéndose la Ley a las causas previstas en la LECrim. Se constituye así en manifestación de inexigibilidad de la responsabilidad penal, cuando es libre en los términos del artículo 637, o de impotencia probatoria cuando es provisional en los términos del artículo 641.

a) *La fiscalización jurisdiccional de la petición de sobreseimiento del Fiscal*

Como ya se ha indicado *supra*, la petición de sobreseimiento por el Fiscal, de acuerdo con la literalidad del artículo 30.4, habría de fundarse en algunos de los motivos previstos en la LECrim. Si bien se mira, la cobertura para esa petición de sobreseimiento es más amplia, pues la propia LORPM autoriza la solicitud de sobreseimiento por motivos que no son contemplados en el procedimiento penal común como fundamento de esta solución de cierre. Es el caso, por ejemplo, del sobreseimiento por conciliación con la víctima o por el compromiso de reparar el daño causado (art. 19.1).

La petición de sobreseimiento por el Fiscal sugiere la duda acerca de si el Juez de Menores goza de las facultades correctoras y de fiscalización que el procedimiento común confiere al órgano jurisdiccional en los artículos 642 y 644 LECrim. Conforme al primero de ellos, la discrepancia del Juez con la petición de sobreseimiento del Fiscal autorizaría a aquél a poner en conocimiento de los interesados en el ejercicio de la acción penal la pretensión del Fiscal, a fin de que, si lo estiman procedente, puedan sostener la acción penal. El papel subordinado y contingente que la LORPM confiere al perjudicado a la hora de reglar su presencia en el procedimiento, no parece compatible con la posibilidad de que se ejerza la acción pe-

nal por el perjudicado, haciéndolo con independencia del criterio de la acusación pública. Las singularidades del proceso penal que tiene al menor de edad como destinatario también condicionan la solución en aquellos otros supuestos en que el Juez de Menores repute improcedente la petición de sobreseimiento del Fiscal. La fórmula acogida por el artículo 644 LECrim, consistente en instar del superior jerárquico del Fiscal de Menores un pronunciamiento acerca de si procede o no sostener la pretensión, tampoco parece adaptarse al régimen jurídico que contempla la LORPM. Si se reputa como fundamento de esa posibilidad al alcance del Juez la conveniencia de que no quede sin castigo una conducta especialmente reprochable, da la impresión de que esa idea retributiva no goza de acogida entre los principios que inspiran el enjuiciamiento penal del menor de edad. Si, por el contrario, se considera que rechazando una petición de sobreseimiento se mira preferentemente a los intereses de la víctima, la actuación judicial resultaría estéril, a la vista de los límites que la LORPM pone a la presencia procesal del perjudicado.

En cualquier caso, la falta de respuesta legal a ese interrogante hace previsible que no falten casos probablemente excepcionales— en los que por el Juez de Menores se reaccione a una petición de sobreseimiento del Fiscal acudiendo a alguno de los expedientes autorizados por los artículos 642 y 644. En tales supuestos, convendría que el debate previo acerca de si esa posibilidad goza o no de cobertura procesal quedara excluido, no recurriendo a actos impugnatorios que sólo conducirían a una inútil dilación del procedimiento. Se trataría, en fin, de proporcionar al órgano jerárquicamente superior la posibilidad de una rápida decisión que necesariamente habría de tomar en cuenta las consideraciones antes expuestas. De esta manera, las dudas acerca de la aplicación de este instrumento fiscalizador al alcance del Juez habrían de pesar de modo decisivo a la hora de pronunciarse sobre la inicial petición de sobreseimiento del Fiscal. Todo ello sin perjuicio, claro es, de que en supuestos definidos por la absoluta excepcionalidad aquellos preceptos permitan corregir errores materiales que hubieran podido deslizarse en la petición de sobreseimiento.

4. C) EL ESCRITO DE ALEGACIONES

El Fiscal acordará mediante Decreto la conclusión del Expediente, notificándosela al Letrado del menor, y ordenará la remisión del mismo al Juez, junto con las piezas de convicción y demás efectos, y un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, y la proposición de alguna de las medidas previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen (art. 30.1).

El Fiscal también puede solicitar, si lo estima procedente, el sobreseimiento —art. 30.4.

En cuanto al escrito de alegaciones del perjudicado personado, el artículo 25.7 dice que, con carácter previo a la remisión del Expediente al Juez, el Fiscal concederá a dicho perjudicado un plazo de cinco días para que valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia.

Hemos de entender que el traslado del Expediente al perjudicado sólo cabe si el Fiscal no ha decidido solicitar el sobreseimiento, pues en ese caso deberá limi-

tarse a notificar al perjudicado el Decreto de conclusión del Expediente y a poner en su conocimiento la decisión de solicitar tal sobreseimiento.

Si concluido el plazo de cinco días el perjudicado no entrega su escrito, el Fiscal procederá sin demora a remitir al Juez el Expediente junto con su propio escrito de alegaciones.

El escrito de alegaciones del Letrado del menor se presenta directamente ante el Juez de Menores, después de que éste haya declarado abierta la fase de audiencia y le haya dado traslado del escrito de alegaciones del Fiscal y del testimonio del Expediente.

El Letrado del menor puede instar en su escrito el sobreseimiento del proceso y, en su caso, la práctica anticipada de diligencias de instrucción que hubieran sido denegadas por el Fiscal —art. 33 e)—. Si el Juez de Menores estima esta petición, abre un trámite complementario de instrucción judicial en el que, tras practicar las diligencias solicitadas, daría nuevo traslado a las partes para que mantengan o modifiquen sus escritos de alegaciones, tras de lo cual resolvería sobre el sobreseimiento de la causa o la celebración de audiencia.

En caso de que el Letrado del menor no solicite la práctica anticipada de pruebas, formulará escrito de alegaciones en términos semejantes a los previstos en el artículo 30.1 para el escrito del Fiscal y propondrá prueba para celebrar en el acto de la audiencia.

VII. FASE INTERMEDIA: PRINCIPIO DE AUDIENCIA

El escrito de alegaciones formulado por el Fiscal y su remisión al Juzgado de Menores, pone término a la fase de instrucción —que, como se ha dicho *supra*, requiere un acto formal de conclusión del Expediente— y posibilita la apertura de lo que el texto legal llama fase de audiencia (arts. 30 y 31). Esta fase, tal y como ha sido concebida por el legislador, es de naturaleza eventual. No existirá en aquellos casos en que la terminación del procedimiento se verifique mediante archivo acordado por el Fiscal cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido (art. 16.2). Tampoco cuando el Fiscal desista de la incoación del Expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18). Fuera de estos casos en los que la Ley Orgánica 5/2000 no ha impuesto fórmulas de control jurisdiccional a la decisión de archivo, los restantes supuestos de terminación anticipada del procedimiento a instancia del Fiscal exigirán la formal conclusión del Expediente. Así acontece, por ejemplo, con la fórmula acogida por el artículo 19, precepto regulador del sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o la que regula el artículo 27.4, relativa a aquellos casos en que el Equipo Técnico sugiere en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del Expediente.

A la fase de audiencia dedica la ley su título IV mediante el empleo de una terminología, cuando menos, equívoca. De un lado, porque el vocablo *audiencia* expresa con mayor precisión, no una fase del procedimiento, sino un principio procesal sin cuya observancia quebraría la legitimidad constitucional de cualesquiera otras fases que integran el procedimiento; de otra parte, por cuanto el mismo término sirve para referirse a dos momentos procesales bien diferenciados. El legislador alude al *trámite de audiencia* (art. 31) como momento procesal para hacer valer el derecho de defensa durante la fase intermedia y emplea el mismo vocablo para referirse a la *celebración de la audiencia*, aludiendo a lo que en otros proce-

dimientos sería la fase de juicio oral. Es probable que mediante el empleo de la palabra *audiencia* se persiga huir de otras expresiones que, pese a contar con mayor arraigo en nuestras leyes procesales, pueden evocar una idea ajena a los principios que inspiran la Ley Orgánica 5/2000.

El deseo de una mayor claridad sistemática hace aconsejable que nuestra exposición distinga con nitidez aquellos dos momentos. De ahí que, aun a sabiendas de su relativismo terminológico, se van a distinguir dos momentos diferenciados: *a)* trámite de audiencia, entendido éste como momento procesal para la elaboración del escrito de alegaciones de la defensa, y *b)* celebración de la audiencia, respecto este último que será tratado más adelante.

1. Trámite de audiencia y escrito de alegaciones de la defensa

La recepción por el Juez de Menores del escrito de alegaciones del Fiscal, junto al Expediente, las piezas de convicción y efectos del delito, constituye uno de los presupuestos procesales necesarios para la apertura de la fase intermedia o trámite de audiencia. No faltarán casos en que la remisión se limite al Expediente y al escrito de alegaciones, al no existir piezas de convicción o efectos del delito. Conviene tener presente que el artículo 25 apartado 7 de la LORPM exige del Fiscal que, con carácter previo a la remisión de su escrito de alegaciones y del resto del Expediente al Juzgado de Menores, dé un traslado de cinco días al perjudicado que se hubiere personado a fin de que «... valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia». Como se desprende de la lectura de aquel precepto, el escrito del perjudicado limita su contenido a una valoración probatoria y a una propuesta de aquellas diligencias que, a su juicio, debieran realizarse en la fase de audiencia. El perjudicado, pues, no contribuye a la delimitación del objeto del proceso, en la medida en que no tiene autorizada la descripción de los hechos que han de definir los términos del debate. Esta idea –además de poner de manifiesto la particularísima posición procesal que la LORPM ha querido para el perjudicado– puede ser de especial importancia a la hora de resolver una duda que se deriva de la falta de precisión del enunciado del artículo 25 párrafo 7. En este precepto se señala que el plazo para alegaciones se concederá al perjudicado «... con carácter previo a la remisión por el Fiscal del escrito de alegaciones con el Expediente al Juzgado de Menores». Surge la duda, pues, acerca de si el perjudicado podrá tener a la vista el escrito de alegaciones formulado por el Fiscal o si, por el contrario, la valoración y propuesta probatoria para la que le faculta la Ley habrá de hacerse al margen de la propuesta formulada por el Fiscal. Con independencia de que la oscuridad del precepto hace válidos cualesquiera argumentos en una u otra dirección, parece conveniente que, en la medida en que el perjudicado no puede delimitar los hechos que van a ser objeto de enjuiciamiento, conozca al menos la propuesta del Fiscal. De lo contrario, sus valoraciones sobre las diligencias ya practicadas y, sobre todo, su propuesta probatoria, pueden sufrir ciertas desviaciones en relación con lo que luego resulte la propuesta fáctica del Fiscal. De ahí la conveniencia de que el traslado incluya, en todo caso, el escrito de alegaciones del Fiscal.

El legislador ha querido que esa remisión sea íntegra, esto es, que abarque todo el material que pueda haber generado la fase de instrucción del procedimiento. Sólo así se entiende el empleo de la expresión *demás elementos procesales*, giro

carente del necesario rigor técnico pero que, al propio tiempo, revela el propósito legislativo de descartar un envío selectivo de las actuaciones. La importancia de las piezas de convicción, efectos e instrumentos del delito no exige ser destacada. Su presencia en el Juzgado de Menores puede resultar decisiva para la apreciación probatoria. De ahí la necesidad de que el envío de tales efectos se verifique de modo que no genere discusión alguna acerca de su autenticidad. Las distintas Fiscalías, pues, habrán de extremar las medidas que garanticen la custodia de aquéllas y que aseguren su envío y recepción por el Juzgado de Menores. La actual ausencia de Secretarios judiciales con destino en los órganos del Ministerio Fiscal no facilita, desde luego, una custodia amparada en la fe judicial. En espera de que la provisión de las plazas de Secretario en las Fiscalías pueda convertirse en una realidad, resulta indispensable que la custodia y envío de aquellos efectos se aparte de una concepción burocrática que perjudique la celeridad en la remisión y, lo que puede ser más importante, que alimente dudas acerca de su coincidencia con las piezas y efectos que hubieran sido intervenidos durante la fase de instrucción.

El Expediente remitido por el Fiscal ha de incorporarse a las diligencias abiertas con anterioridad por el Juez que, como es sabido, ha de iniciar aquéllas a raíz de la comunicación llevada a cabo por el Fiscal en cumplimiento de lo previsto en el artículo 16.3. Como ya se ha apuntado, el legislador quiere que el Expediente se incorpore sin exclusiones, ni siquiera la de aquellos aspectos del Expediente que carecieran de toda significación procesal.

Conforme al artículo 31 la defensa del menor ha de elaborar en el plazo de cinco días el escrito de alegaciones –que habrá de comprender los mismos extremos que el escrito del Fiscal– y puede proponer la prueba que considere pertinente. Cabe la posibilidad alternativa de que ese escrito de alegaciones sirva de vehículo a la defensa para expresar su conformidad con la medida solicitada por el Fiscal, siguiendo en tal caso –que será objeto de análisis *infra*– el trámite previsto en el artículo 32. La propuesta probatoria de la defensa no conoce en el escrito de alegaciones un momento preclusivo, de suerte que puede ser reiterada en el acto de la vista, siempre que pueda ser practicada en ese momento y, claro es, previa declaración de pertinencia.

El escrito de alegaciones del Fiscal –al que se suma la limitada y eventual valoración que puede hacer el perjudicado *ex* artículo 25 párrafo 7– y las alegaciones del Letrado de la defensa conforman con carácter provisorio los términos del debate y definen los elementos a ser tenidos en cuenta por el Juez de Menores para decidir acerca del desenlace de la fase intermedia. Las posibilidades son varias y se impone un análisis diferenciado, pues aun siendo ése el camino que pudiera calificarse como *ordinario*, existen otras alternativas que también exigen un comentario individualizado.

2. Sobreseimiento del Expediente

Al analizar *supra* la fase de conclusión de la instrucción, ya han sido efectuadas algunas consideraciones acerca del régimen jurídico del sobreseimiento y los distintos presupuestos sobre los que la LORPM hace descansar aquella resolución. También se formularon algunas observaciones al régimen jurídico de fiscalización jurisdiccional de la petición de sobreseimiento por el Fiscal. Conviene hacer ahora alguna precisión complementaria.

En efecto, una vez concluso el Expediente el Ministerio Fiscal puede optar, bien por la formulación del escrito de alegaciones, bien por la petición de sobreseimiento. Sin embargo, conviene precisar que el sobreseimiento del Expediente puede también ser acordado por el Juez de Menores pese a que por el Fiscal se haya formulado escrito de alegaciones. Así lo autoriza el artículo 33 *b*), que exige del órgano jurisdiccional dicte *auto motivado*. El camino que conduce al sobreseimiento del Expediente puede presentar, pues, diversas direcciones. De un lado, puede tener por fundamento la petición del Fiscal (art. 31), tanto por algunos de los supuestos previstos en la LECrim, como por alguna otra de las causas contempladas por la LORPM. Esa petición plantea el interrogante acerca de los límites o fórmulas de control jurisdiccional de esa solicitud, cuestión que va a ser objeto de análisis en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, el acogimiento de la propuesta del Fiscal ha de llevar al Juez a dictar la resolución prevista en el artículo 33 *c*) de la Ley Orgánica 5/2000.

La resolución de sobreseimiento puede ser también consecuencia de una decisión jurisdiccional que no cuente con la petición del Fiscal en tal sentido. Forma parte del ámbito funcional reservado al Juez de Menores el control de la solidez del escrito de alegaciones del Fiscal. En tales casos, el Juez, a la vista de ese escrito de alegaciones, del escrito que contenga, en su caso, la valoración y propuesta probatoria del perjudicado –artículo 25 párrafo 7– y, en fin, del escrito de alegaciones de la defensa, puede optar por cerrar las puertas de la audiencia, decretando el sobreseimiento a que alude el artículo 33 *b*). No deja de resultar llamativo el hecho de que ese mismo precepto exija que el sobreseimiento, en tal caso, se decrete mediante *auto motivado*, dando pie a la errónea conclusión de que, en los restantes supuestos, se podría prescindir de la motivación. Quizás con ello haya querido el legislador acentuar la idea de que el sobreseimiento que se acuerda a propuesta del Fiscal [art. 33 *c*.)] es un sobreseimiento sometido a cierto automatismo, por virtud del cual, las razones de la exclusión de la audiencia son las expuestas por el Fiscal en su escrito de petición de sobreseimiento. Parece obvio entender que la LORPM carece de razones para apartarse del régimen general de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, cuya importancia ha sido reiteradamente destacada por una jurisprudencia constitucional de innecesaria cita.

3. Remisión por el Juez de Menores de las actuaciones al órgano judicial competente

El artículo 33.1 *d*) concede al Juez de Menores la cobertura legal precisa para denegar la celebración de la audiencia y remitir las actuaciones al Juez competente, siempre que aquél considere «...que no le corresponde el conocimiento del asunto». Ello es coherente con el significado constitucional de las reglas que determinan la competencia. Sin embargo, los Sres. Fiscales habrán de volcar sus esfuerzos a fin de impedir que a esas alturas del procedimiento todavía existan dudas acerca del aspecto competencial. El enjuiciamiento de un menor de edad hace aconsejable evitar, en la medida de lo posible, un itinerario procesal a la búsqueda de quién haya de asumir el enjuiciamiento de un hecho respecto del cual –y, sobre todo, respecto de su autor– el tiempo puede desplegar perniciosos efectos. De ahí que la regla contenida en el artículo 21 de la Ley Orgánica 5/2000, con arreglo a la cual el Fiscal ha de acordar la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente,

cobre un especial relieve. Esa regla no es sino concreta expresión del deber estatutario impuesto con carácter general por el EOMF, cuyo artículo 3.8 obliga a los Fiscales a velar por el mantenimiento de la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales.

4. Incidente probatorio

El apartado e) del artículo 33 señala como posible contenido de la resolución jurisdiccional la decisión acerca de la práctica de las pruebas propuestas por el Letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, siempre que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia y el Juez estime que son relevantes a los efectos del proceso.

Al igual que sucedía al tratar del sobreesimiento, el régimen jurídico del incidente probatorio que puede preceder a la celebración de la audiencia, ya fue objeto de examen al abordar la fase de conclusión de la instrucción. En el epígrafe VI.3 c) se sugería una interpretación que diera pie a una *instrucción judicial complementaria*, orientada a hacer realidad el principio de contradicción y con él los derechos de defensa y aportación probatoria. Bueno será, pues, remitirse a lo entonces comentado.

Acaso convenga insistir en que muchos son los interrogantes que este precepto plantea. La respuesta que se ofrezca a cada uno de aquéllos será decisiva para la aplicación práctica del texto legal. Parece que en ese mismo enunciado se agolpan dos ideas bien diferenciadas, la que alude a la revisión jurisdiccional de la negativa del Fiscal a la práctica de determinadas diligencias durante la instrucción y la que tiene que ver con la noción de prueba anticipada. Respecto de la primera de las cuestiones, llama la atención el hecho de que se concentre en ese momento la práctica de pruebas que, con arreglo al artículo 26.1, pueden solicitarse «en cualquier momento». Sin embargo, como ya se ha razonado al tratar la fase de conclusión de la instrucción, una interpretación conforme a la cual se abriera una suerte de incidente probatorio previo a la celebración de la audiencia, contaría a su favor con una más certera ordenación de las distintas secuencias que integran el procedimiento, impidiendo que, al amparo del artículo 26.1, se consolidara una práctica que condujera a una instrucción en paralelo, llevada a cabo por el Juez a instancias del Letrado del menor que viera rechazadas sus peticiones por el Fiscal.

La oscuridad del precepto ya anuncia disparidad de criterios interpretativos. El texto legal avala muy diversas soluciones. Sin embargo, el criterio sugerido en el epígrafe VI.3 c) representa la mejor de las soluciones ordenadoras, pues conjuga de modo armónico y equilibrado la conveniencia de impedir una paralela instrucción dirigida por el Juez de Menores a impulsos del Letrado del menor y la necesidad de no poner cortapisas al ejercicio del derecho de defensa y aportación probatoria por parte de quien, al fin y al cabo, es parte pasiva del proceso.

5. Auto de apertura de la audiencia. Pertinencia de las pruebas y señalamiento

Como ya se ha indicado *supra*, el escrito de alegaciones del Fiscal, la eventual valoración y propuesta probatoria del perjudicado y el escrito de alegaciones de la

defensa del menor, preparan la decisión jurisdiccional acerca del desenlace de la fase intermedia. Con anterioridad ya se ha hecho especial referencia a algunas de las posibles formas de terminación del procedimiento. Es obligado ahora centrar nuestro interés en el análisis de los preceptos que regulan la decisión del Juez favorable a la celebración de la audiencia, acto procesal cuya incidencia en el proceso formativo del menor de edad no necesita ser destacada.

El enunciado del artículo 33 a) debe completarse con la previsión del artículo 34, toda vez que mientras en el primero de los preceptos se incluye la *celebración de la audiencia* entre los posibles contenidos de la decisión del Juez de Menores, en el segundo se expresa la misma idea, si bien con mayor precisión, aludiendo al *auto de apertura de la audiencia*. Al margen de matices gramaticales, lo cierto es que el régimen jurídico de la apertura de la audiencia presenta algunas singularidades frente a otros procedimientos. Así, por ejemplo, el Juez de Menores goza de un mayor margen de arbitrio a la hora de denegar la apertura de la audiencia, pues el artículo 33 b) de la propia LORPM le autoriza para decretar cualesquiera de las formas de sobreseimiento reconocidas por la LECrim. Esa facultad de cierre al alcance del Juez de Menores, en la medida en que adopta la forma de auto que pone término al procedimiento, admite recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, conforme a lo previsto en el artículo 41.3.

El mismo auto que decreta la apertura de la audiencia ha de contener el juicio de pertinencia acerca de las pruebas propuestas por el Fiscal y la defensa del menor en los respectivos escritos de alegaciones. El Fiscal habrá de velar por que la declaración de pertinencia se extienda, en su caso, al escrito de valoración y proposición probatoria que el artículo 25 párrafo 7 autoriza a realizar al perjudicado. Conviene destacar que esa propuesta probatoria, si bien se activa en virtud de un traslado que efectúa el Fiscal durante la fase de instrucción, escapa a cualquier posibilidad de censura o declaración de impertinencia por parte del órgano instructor. Pese a la obviedad del recordatorio, es menester no olvidar que la declaración de pertinencia o impertinencia incumbe al Juez de Menores, debiendo éste en su resolución pronunciarse acerca de la aceptación o rechazo de las pruebas propuestas.

El artículo 37 –en el momento del inicio de la audiencia– autoriza una nueva propuesta probatoria a las partes, si bien condiciona su prosperabilidad al hecho de que las diligencias solicitadas puedan practicarse en el acto. Sin perjuicio de hacer uso de esa facultad en cuantas ocasiones resulte necesario, los Sres. Fiscales habrán de ponderar la conveniencia de formular una propuesta probatoria exhaustiva en su escrito de alegaciones, contribuyendo así a definir con mayor nitidez los términos del debate y reforzando el equilibrio *inter partes*, al excluir actuaciones sorpresivas en materia probatoria que, en algún caso no descartable, abran la puerta a la alegación de indefensión.

El artículo 34 contiene tres plazos cuya respectiva observancia permitiría una mayor celeridad en el tratamiento jurisdiccional del injusto cometido por el menor de edad. De acuerdo con aquel precepto, la decisión del Juez acerca de la apertura de la audiencia y pertinencia de las pruebas propuestas, ha de producirse dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se hubiera presentado el escrito de alegaciones por el Letrado de la defensa o, caso de no presentación, una vez transcurrido el plazo concedido para ello –cinco días *ex art. 31*–. Al propio tiempo, el señalamiento para el inicio de las sesiones de la audiencia ha de fijarse dentro de los diez días siguientes a la fecha del auto de apertura. La experiencia cotidiana permite una conclusión muy clara acerca del grado de cumplimiento de las exigencias tem-

porales que, con tanta frecuencia, suelen acoger los textos legales más variados. Sin embargo, el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y al cabo, inexigibles. La ordinaria influencia que el tiempo despliega en las relaciones jurídicas adquiere ahora un valor especial. Un plazo excesivamente dilatado entre el momento de la infracción delictiva y el momento de su enjuiciamiento puede debilitar las bases mismas del sistema, convirtiendo en extemporánea —y, por tanto, inútil— una resolución jurisdiccional que nace con vocación educadora y que refuerza su justificación si acomoda el momento de su ejecución a los fines generales que inspiran el nuevo texto legal.

VIII. CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA

El artículo 37 tiene por objeto regular el momento más relevante en el procedimiento llamado a exigir responsabilidades penales al menor de edad. La celebración de la audiencia supone el desenlace a un proceso que, por sus singularidades, por la especial naturaleza de los valores en juego y por la edad del sujeto pasivo, arbitra otras soluciones intermedias, orientadas precisamente a evitar lo que, en otros casos, podría considerarse el epílogo ordinario de toda investigación penal. Conviene no olvidar que la celebración de la audiencia, por más que pueda relativizarse su escenografía mediante la informalidad que tolera el enjuiciamiento de la conducta de un niño, constituye un acto procesal que, en no pocos casos, se traducirá en una experiencia inolvidable en la etapa formativa del menor de edad. De ahí su importancia y de ahí la necesidad de que los Sres. Fiscales huyan de la formal rutina con la que, en más de una ocasión, se aborda el desarrollo de las sesiones del juicio oral.

1. Régimen jurídico de la asistencia del menor. Principio de publicidad. Excepciones

El artículo 35 de la LORPM se integra por dos apartados, ocupándose el primero de determinar el régimen jurídico de la presencia o ausencia de quienes pueden ser llamados a la celebración de la audiencia. El segundo de los apartados admite la exclusión eventual del principio de publicidad y proclama la prohibición incondicional de que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor que es objeto de enjuiciamiento. La incidencia directa que el erróneo entendimiento del principio de publicidad puede tener en el desarrollo integral del menor, así como la necesidad de preservar algunos de los derechos que podrían verse comprometidos, obligan al Fiscal a una actitud vigilante, huyendo de cualquier rutina que desdeñe la importancia de los valores en juego.

Los Sres. Fiscales habrán de cuidar de que la presencia del menor, de su Letrado y del representante del Equipo Técnico que hubiera dibujado el perfil psico-educativo de aquél (art. 27), esté garantizada, huyendo de prácticas carentes de todo respaldo constitucional, tendentes a *dar por reproducido* lo que tiene que ser objeto de prueba durante el desarrollo de las sesiones. Todo intento de conferir al material incorporado al Expediente durante la fase de instrucción un valor procesal distinto al que le es propio, no sólo iría contra elementales exigencias del

derecho a un proceso justo, sino que impediría al Juez un cabal conocimiento de la medida más apropiada para el logro del propósito reeducador que anima el sistema.

La singular naturaleza del enjuiciamiento de menores, que hace de la audiencia –en aquellos casos en que se estime procedente su celebración– uno de los instrumentos educativos puestos al servicio del desarrollo integral del menor infractor, impone ciertos condicionantes a la hora de cuestionarse los efectos asociables a la falta de presencia del menor. No existe duda que esa presencia constituye, por regla general, un ideal para el más adecuado tratamiento jurisdiccional de la acción del menor. No es obstáculo a esa afirmación lo previsto en el artículo 37.4, que autoriza la ausencia momentánea del menor de la sala de audiencia en aquellos supuestos excepcionales en que así lo acuerde el Juez, aspecto que será objeto de análisis *infra*. La lectura del artículo 35 evidencia el deseo legislativo de que la escenificación de la audiencia se lleve a cabo con la presencia, entre otros, del infractor. También es cierto que ese mismo precepto no contiene una prohibición expresa del juicio en ausencia del menor. Incluso una interpretación tolerante con la posibilidad de ausencia del menor podría deducirse de la expresión empleada por el legislador cuando, tras enumerar en el apartado 1 del artículo 35 quiénes han de estar presentes, abre una vía excepcional para los casos en que «... el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del Equipo Técnico, acuerde lo contrario». Ciertamente no es claro el alcance de la excepción introducida por ese inciso. Sin embargo, sí lo es el que entre los mencionados se encuentra el propio menor. En cualquier caso, la conveniencia de arbitrar una vía absolutamente excepcional para un enjuiciamiento en ausencia viene impuesta por la propia realidad de los hechos. Baste pensar –en aquellos casos de frecuencia estadística apreciable– en que la infracción se produce en el esporádico lugar de vacaciones del menor, situado éste a una distancia más que considerable respecto del lugar de residencia. Imponer a toda costa el traslado forzoso del menor al lugar en que el juicio ha de celebrarse, puede acarrear efectos más nocivos de aquellos a los que la audiencia pretende hacer frente. No parece lógico, sin embargo, que esa posibilidad cuyo carácter excepcionalísimo ha de presidir toda aproximación a su procedencia– se admita sin una limitación que evite indeseables consecuencias. De ahí que la aplicación supletoria de la LECrim –*ex* disposición adicional primera de la LORPM– excluya la posibilidad del juicio en ausencia en aquellos casos en que la petición del Fiscal en el escrito de alegaciones se refiera a una medida, cualquiera que fuera su naturaleza, de duración superior a un año (cfr. art. 793.1 LECrim).

La presencia del Letrado del menor constituye otro de los presupuestos indispensables para la válida celebración de la audiencia. Su exigencia es fácilmente justificable a la vista de la necesidad de posibilitar al menor de edad un adecuado ejercicio de su irrenunciable derecho de defensa.

El representante del Equipo Técnico que haya dictaminado acerca de las condiciones psicológicas, sociales y educativas del menor (cfr. art. 27) también ha de hallarse presente en el momento de celebración de la audiencia. Como ya se ha apuntado *supra*, los informes y dictámenes del Equipo Técnico, en cuanto órgano al servicio de la Administración de Justicia, participan de la naturaleza de la prueba pericial, por más que la LORPM les confiera un reforzado papel protagonista a la hora de indagar el más acertado tratamiento educativo del menor. Aquellos informes carecen de fuerza vinculante, pese a su indudable peso argumental, pu-

diendo ser apreciados por el Juez de Menores conforme a las reglas generales de valoración de la prueba penal. El legislador ha querido, en todo caso, que el desarrollo de esa prueba pericial no esté sustraído al principio de inmediación. De ahí que imponga la presencia del miembro del Equipo Técnico como condición necesaria para el adecuado desarrollo de la audiencia. Su naturaleza pericial presenta, sin embargo, algunos matices que acentúan su singularidad. Se trata de una actividad probatoria de configuración legal, cuya realidad y existencia no se hace depender de la proposición de las partes o de la propia iniciativa judicial. Las partes carecen de verdadera disposición sobre aquélla, siendo obligada su práctica en todo caso.

El artículo 35 somete a un tratamiento individualizado la presencia o ausencia de los representantes legales del menor. A tal respecto, establece una regla general de carácter facultativo, con arreglo a la cual aquéllos podrán acompañar al menor. Al propio tiempo, abre la puerta a una decisión jurisdiccional de exclusión de esa presencia, decisión que impone al Juez, con carácter previo, oír al Fiscal, al Letrado del menor y al representante del Equipo Técnico. El criterio del Fiscal, cuando a tal efecto sea requerido su informe, habrá de huir de toda regla de carácter general y abstracto, centrando su atención en el caso concreto y en las consecuencias que, a su juicio, puedan derivarse de la presencia o de la ausencia del representante legal. A la vista de las normas civiles que regulan el ejercicio de esa representación legal y dada la importancia que en el proceso educativo del menor puede llegar a tener la celebración de la audiencia, todo parece indicar que la exclusión del representante legal ha de revestir el carácter de excepcional. Sin perjuicio de lo que la práctica cotidiana pueda aconsejar en cada caso, no parece que el orden de la enumeración que hace el artículo 35 acerca de quiénes han de ser oídos –Fiscal, Letrado del menor y representante del Equipo Técnico– pueda reputarse un orden inflexible y de obligado respeto. De ahí que en aquellos casos en que el Fiscal carezca de opinión formada al respecto o estime prudente contrastar su criterio con la valoración de un técnico, podría instar del Juez de Menores que alterara el orden del dictamen a fin de que fuera el representante del Equipo Técnico el que expresara su opinión con carácter previo.

El apartado 2 del mismo artículo 35 establece el régimen jurídico del principio de publicidad durante la celebración de las sesiones, autorizando al Juez a acordar una excepción al criterio general de publicidad, siempre que ello venga impuesto por «... el interés de la persona imputada o de la víctima». Se trata de una solución legal que reproduce el criterio previgente que ya estableciera la Ley Orgánica 4/1992. No es ésta, sin embargo, una cuestión pacífica. No han faltado autores que han sugerido invertir los términos del enunciado, de suerte que se proclamara un principio general de exclusión de la publicidad y se autorizara al Juez a permitir la celebración excepcional de las sesiones en régimen de audiencia pública. Esa propuesta doctrinal no ha encontrado acogida en la solución legal. Ello puede resultar explicable, pues la proclamación constitucional que del principio de publicidad lleva a cabo el artículo 120.1 de la Constitución, parece que hace aconsejable tratar como excepción lo que, de acuerdo con la norma fundamental, ha de ser excepcional.

Desde el punto de vista de la posición institucional del Fiscal, pese a que el artículo 35.2 hace recaer en la decisión del Juez la exclusión de la publicidad –criterio legal absolutamente acorde con el significado de la garantía jurisdiccional–, ello no debe ser obstáculo para que el Fiscal asistente a las sesiones de la audien-

cia refuerce su sensibilidad en relación con esta materia. No es ésta una cuestión ajena al espacio funcional del Fiscal. De hecho, la Instrucción de la Fiscalía General de Estado 2/1993, de 15 de marzo, recordaba los deberes que incumben al Fiscal para proteger la intimidad del menor. Todo ello, en fin, obliga al Fiscal, por propia iniciativa, a solicitar del Juez de Menores haga uso de la facultad que la ley le confiere y excluya la publicidad de las sesiones siempre que así venga impuesto por el superior interés del menor.

El mismo apartado 2 del artículo 35 –sin alternativa– excluye la posibilidad de que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación. Ello es congruente con el conjunto de textos que proclaman el derecho del menor a la intimidad. Las *Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores*, aprobadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, e incluidas en el Anexo de la Resolución 40/33, en su principio general 8, apuntan que «... para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad», añadiendo el apartado segundo que «... en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente». En similar línea se expresan el artículo 16 de la Convención de Derecho del Niño de 1989 o la Recomendación R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La constatada tendencia a convertir la presencia de un menor ante los Tribunales de Justicia en un acontecimiento noticiable, que provoca la expectación colectiva y añade al impacto ocasionado por el delito el daño derivado de la injerencia, obligan al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho.

El legislador ha querido arbitrar un régimen específico de conformidad previa al Expediente (arts. 32 y 36), solución que exige un comentario individualizado.

2. La conformidad del menor. Momento procesal

El régimen jurídico de la conformidad se obtiene a partir de dos preceptos claves, los artículos 32 y 36, cuya aplicación combinada plantea no pocas dudas acerca del verdadero propósito del legislador. Conviene tener presente que en el proceso penal que afecta al menor, la conformidad, como manifestación del principio de consenso, es algo más que un instrumento procesal puesto al servicio de una razón de economía procesal. Como ya se ha indicado *supra*, la audiencia es inseparable de un sentido educativo que no puede pasar desapercibido. Pero también la evitación de la audiencia puede contribuir de modo decisivo al proceso de formación del menor. De ahí que los Sres. Fiscales habrán de aproximarse a las posibilidades que ofrece el instituto de la conformidad con un criterio valorativo que vaya más allá de lo que ese mismo principio puede representar en el ámbito del proceso penal que afecta al mayor de edad.

El modelo de la regulación de la conformidad tal y como ha sido diseñado para otros procedimientos penales conoce diversos momentos para su exteriorización, cada uno de ellos con diferentes efectos. Y a ello se acomoda una reiterada práctica plenamente consolidada. La respectiva ubicación sistemática de los artículos 32 y 36 autoriza un entendimiento con arreglo al cual la LORPM estaría pensando en

dos secuencias bien diferenciadas. Un primer momento en el que la conformidad tendría como vehículo formal el escrito de alegaciones de la defensa –art. 32– y un segundo momento en el que esa conformidad se exteriorizaría al inicio de las sesiones de la audiencia, al responder el menor a las preguntas que a tal efecto ha de formularle el Juez –art. 36–. Sin embargo, la literalidad de ambos preceptos conduce a concluir que la conformidad en la que piensa el legislador sólo puede tener un momento para su afirmación: el de la comparecencia a que alude el artículo 36 que, si bien se mira, está regulando ya el inicio formal de la audiencia propiamente dicha.

La inexistencia de un trámite previo al momento de la audiencia para derivar efectos de la conformidad, puede plantear un problema práctico nada desdeñable. Y es que, no faltarán casos en que, aun constanding la conformidad, el órgano judicial habrá de practicar todas y cada una de las citaciones para la audiencia, a sabiendas de que ésta, con toda probabilidad, no llegará a celebrarse.

El legislador quiere –así se desprende del tenor gramatical del art. 32– que la conformidad sólo tenga un momento y un vehículo para su exteriorización: el de la comparecencia ante el Juez de Menores a que se refiere el artículo 36. Sin embargo, el legislador no ha podido prohibir que esa aceptación de los hechos y de la medida subsiguiente se formule ya en el escrito de alegaciones. De acuerdo con esta idea, la comparecencia a que alude el precepto sería, no la que define el momento de la expresión de la conformidad, sino la que determina el momento de la producción de sus efectos.

En tales casos, habiendo sido anunciada la conformidad en el escrito de alegaciones de la defensa, examinada por el Juez la concurrencia de los presupuestos que impone el artículo 32 acerca de la naturaleza y límites de las medidas, nada parece oponerse a que la comparecencia a que se refiere aquel precepto *se emancipe* cronológicamente respecto del comienzo formal de las sesiones de la audiencia. De cerrarse esa posibilidad, el desenlace definitivo del juicio por razón de la conformidad del menor habría de quedar a expensas de un turno de señalamientos o de la práctica de numerosas diligencias de citación que no añadirían nada positivo a la siempre valorable celeridad. Se trataría, pues, de evitar dilaciones de tan perturbadores efectos cuando de lo que se trata es de enjuiciar el hecho ilícito cometido por un menor de edad. El criterio sugerido, además, no es ajeno al respaldo legal que proporcionan los artículos 791.3 y 793.3 LECrim, de aplicación supletorio por mandato de la disposición final primera.

Sin embargo, resulta absolutamente indispensable que la garantía jurisdiccional para la aceptación de la conformidad quede salvaguardada. De ahí que esa comparecencia haya de seguir el orden estricto impuesto por el artículo 36 y sirva al Juez para concluir la procedencia de la conformidad. Los Sres. Fiscales habrán de desplegar las iniciativas procesales que resulten necesarias a fin de impedir que ese control judicial devenga en pura rutina burocrática, oponiéndose a soluciones que pretendan sustituir la intermediación del Juez por fórmulas alternativas carentes de toda cobertura legal.

Nada impide que la conformidad sea expresada por el menor en el momento en el que, ya iniciadas las sesiones de la audiencia, sea interrogado por el Juez en los términos que exige el artículo 36 y el Letrado exprese su aquiescencia a esa conformidad. El hecho de que el escrito de alegaciones formulado en su día por el Letrado del menor no anticipara ninguna propuesta de conformidad, no debe ser obstáculo para su formulación en ese momento ulterior.

En definitiva, cualquiera que sea el momento de su exteriorización, los Sres. Fiscales habrán de cuidar a fin de que la conformidad ajuste su práctica a los fines que la justifican, cerciorándose de la inexistencia de obstáculos o límites a su adopción a la vista de la naturaleza de la medida solicitada en el escrito de alegaciones.

3. Desarrollo de la audiencia: debate preliminar

La celebración de la audiencia a que alude el artículo 37 se inicia con un trámite que evoca el *turno de intervenciones* a que se refiere el artículo 793.2 LE-Crim. Sin embargo, la lectura detenida de aquel precepto legal pone de manifiesto importantes dudas que relativizan la inicial identificación funcional. Así ocurre, por ejemplo, cuando se incluye entre los contenidos posibles de esa *audiencia previa* un debate promovido por el Juez de Menores acerca de «... la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieren solicitado...» el Fiscal y el Letrado del menor. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, no parece lógico que el debate sobre la correcta calificación jurídica y, sobre todo, sobre la idoneidad de una u otra medida se anticipe a la celebración de las pruebas propuestas. De ahí que la búsqueda de soluciones prácticas a partir de ese enunciado legal tenga que asumir la necesidad de una interpretación integrada con otros preceptos de la misma LORPM y de la propia LECrim, a fin de evitar criterios que no estén respaldados por elementales exigencias de sentido común.

3. A) POSIBILIDAD DE NUEVA PROPUESTA PROBATORIA

El artículo 37.1 exige del Juez que *invite* al Fiscal y las partes a fin de que «... manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas». El alcance de esa afirmación debe obtenerse poniéndola en relación con el apartado 2 del mismo artículo 37, toda vez que al regular la práctica de la prueba propuesta, este último precepto limita las posibilidades de aportación probatoria, en esa concreta fase del procedimiento, a aquellas que «... ofrezcan las partes para su práctica *en el acto*». La lectura relacionada de ambos enunciados ofrece algunas dudas. En el primero de los apartados no parece existir una preocupación legislativa por el hecho de que las pruebas propuestas se puedan o no practicar en el marco de las sesiones de la audiencia ya iniciada. Así parece desprenderse del último inciso del artículo 37.1 que admite *a contrario sensu* la posibilidad de que el Juez, a la vista de la novedosa y pertinente propuesta probatoria, pueda acordar la no continuación de la audiencia y la práctica de aquélla. En el segundo, como ya se ha indicado, se condiciona la validez de esa propuesta a su practicabilidad en el mismo acto de la audiencia.

Todo parece indicar que es esta segunda interpretación la que ha de prevalecer. A ello conducen una serie de argumentos. De un lado, conviene reparar en que la audiencia ya ha sido formalmente abierta, ha iniciado sus sesiones y, precisamente por ello, es en su seno donde habrá de concentrarse la práctica de la actividad probatoria propuesta por el Fiscal y las partes. Abrir la posibilidad de una nueva petición probatoria que pudiera conllevar la práctica de otras diligencias de investigación plantearía no pocos problemas interpretativos. De entrada, generaría

la duda acerca de si la aceptación por el Juez de esa renovada propuesta probatoria implicaría una suerte de revocación de la conclusión del Expediente y su devolución al Fiscal para la práctica de las diligencias omitidas. Además, podría acarrear una nada deseable confusión funcional entre el papel que la ley confiere al Juez y al Fiscal.

Todo ello hace aconsejable, pues, que los Sres. Fiscales se opongan a cualquier solicitud de la defensa encaminada a la retroacción de la fase de audiencia para la práctica de nuevas diligencias de investigación. Ningún perjuicio se deriva de la admisión de este criterio para el Fiscal y las partes. El primero, en cuanto órgano instructor, habrá evitado omitir durante la investigación la práctica de las diligencias indispensables para la adecuada ponderación del hecho y de su autor. Desde el punto de vista de la defensa del menor, conviene poner el acento en las posibilidades de aportación que pone a su alcance el artículo 26 de la LORPM. El escrito de alegaciones, además, representa el vehículo ordinario para la deducción de las respectivas peticiones de prueba (cfr. arts. 30.2 y 31).

Todo parece indicar que el debate a que se refiere el artículo 37.1, que tiene por objeto la práctica de nuevas pruebas, ha de entenderse referido exclusivamente a aquellas que puedan practicarse durante el desarrollo de las sesiones de la audiencia. De ahí la importancia de que el Fiscal desarrolle su cometido durante la fase de investigación y formalice el escrito de alegaciones con la diligencia necesaria para evitar que, una vez iniciadas las sesiones, pueda percatarse de la existencia de un vacío probatorio que debió haber sido colmado con anterioridad. Ello no es obstáculo, claro es, para que en aquellas ocasiones en que las circunstancias así lo aconsejen, pueda instar al inicio de la audiencia la práctica de nuevas diligencias de prueba que puedan ser llevadas a cabo en el acto mismo de las sesiones.

3. B) VULNERACIÓN DE ALGÚN DERECHO FUNDAMENTAL

Al igual que sucede en otros modelos de enjuiciamiento, ha querido el legislador arbitrar un momento específico para hacer valer quejas relativas a posibles vulneraciones de derechos fundamentales que se hayan podido producir a lo largo de las distintas fases que preceden a la celebración de la audiencia. La LORPM, acorde con el mandato constitucional, traza una línea divisoria muy nítida a la hora de delimitar las facultades del Fiscal durante la instrucción del Expediente. Es precisamente el círculo representado por los derechos fundamentales del menor el que sirve de referencia excluyente de toda actuación del Fiscal que pretenda invadir lo que está reservado a la garantía jurisdiccional (cfr. arts. 23.3 y 26.3). Nada de cuanto afecte a los derechos fundamentales del menor puede permanecer ajeno al Juez. De ahí que la actividad instructora con potencial eficacia lesiva para los derechos fundamentales del menor habrá tenido que ser conocida por el propio Juez de Menores, que es quien, conforme a los preceptos antes citados, es el que ha de practicar por sí las diligencias de investigación que repercutan en el ámbito de los derechos fundamentales. Como es lógico, no es descartable –de hecho, será más bien frecuente– que la alegación de ese menoscabo por la defensa esté referida a la actividad instructora llevada a cabo por el Fiscal.

Con independencia de cuál sea el acto respecto del cual se promueve el debate, lo cierto es que el legislador ha querido dar entrada a este trámite con el fin

de conceder una antesala depuradora de las posibles violaciones de los derechos fundamentales del menor. Una vez desarrollado el debate contradictorio entre el Fiscal y el defensor del menor, el Juez «... acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere». Añade el mismo precepto que «...si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados». Muchas cuestiones de difícil respuesta se dan cita en ese enunciado legal. En principio, la utilización de la conjunción disyuntiva «o» que utiliza el primero de los incisos transcritos parece construir dos hipótesis alternativas –la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado–, olvidando que cabe perfectamente la posibilidad de subsanar el derecho vulnerado y acordar la continuación del Expediente. El texto legal sólo parece pensar en la posibilidad de una subsanación que imponga la previa interrupción de la audiencia. La experiencia, sin embargo, enseña que ello no es así, pues cabe la acción subsanadora y, al propio tiempo, la continuación de las sesiones de la audiencia. Por otra parte, la terminología empleada en ese precepto no parece ser la más adecuada para expresar la finalidad que el mismo persigue. El efecto de subsanación es más propio de irregularidades procesales carentes de relevancia constitucional que de una genuina vulneración de algún derecho fundamental que, una vez acaecida, difícilmente se puede subsanar. Es el artículo 11 de la LOPJ el que proclama la ausencia de eficacia de aquellas diligencias que se hayan practicado con violación de derechos fundamentales. Y es la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de ilicitud la que determina las verdaderas consecuencias asociables a una actividad investigadora que no hubiera sido respetuosa con los derechos del menor enjuiciado.

Como ya se ha señalado *supra*, el mismo precepto apunta que, una vez acordada la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia que dicte las cuestiones planteadas por las partes. De nuevo la redacción legal conduce a algunos interrogantes. No parece que exista obstáculo para que el Juez resuelva en el momento mismo de las alegaciones preliminares –con adecuada constancia en acta– sobre las cuestiones invocadas y seguidamente decida la continuación de la audiencia. De hecho, será lo más conveniente, en la mayor parte de las ocasiones, que el debate se inicie con una resolución ya tomada respecto de ilicitudes probatorias u otras posibles quiebras del derecho a un proceso justo.

Sería deseable, en fin, que ese trámite previo que ha regulado el legislador en el artículo 37.1 desplegara la función depuradora que le ha de ser propia. No es bueno para el correcto desarrollo de las sesiones de la audiencia que la solución jurisdiccional sobre vulneración de derechos fundamentales que implique una verdadera deficiencia estructural para el discurrir del procedimiento, quede aplazada al momento de la redacción de la sentencia. Cuando el artículo 11 de la LOPJ proclama que *no surtirán efecto* las diligencias practicadas con vulneración de derechos fundamentales, está expresando una voluntad excluyente de toda significación procesal a unas diligencias que se han incorporado al proceso contraviendo el derecho del menor a un proceso con todas las garantías. Ciertamente es que no faltarán casos en que la discusión promovida en el debate previo forme parte integrante de algunas de las cuestiones que definen el objeto mismo del proceso, haciendo muy difícil –si no imposible– una solución anticipada de aquélla. Sin embargo, en los restantes casos, la adecuada ordenación del procedimiento hará aconsejable que la actividad probatoria a desarrollar durante la audiencia no se construya sobre un

acto cuya idoneidad procesal ha sido cuestionada y, precisamente por ello, puede ser luego objeto de exclusión del acervo probatorio por el Juez.

3. C) EL DEBATE SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS O LA MEDIDA PROPUESTA

La posibilidad de incorporar al debate preliminar un examen contradictorio –a iniciativa del Juez– acerca de una calificación jurídica alternativa o una medida diferente a la promovida por el Fiscal, conduce a una cierta desorientación del intérprete. De hecho, esa iniciativa judicial se compagina mal con el cometido funcional del Juez que, hasta ese momento y con las excepciones representadas por los artículos 23.3 y 26.3, ha debido permanecer ajeno a la instrucción. No será fácil al órgano jurisdiccional, con carácter previo al desarrollo de la práctica de la prueba, con anterioridad al examen del menor y sin haber oído todavía al Equipo Técnico, sugerir una calificación jurídica y/o una medida alternativa.

Los términos en que esa facultad se concede al Juez obligan a estimar que, de hacer uso de ella, habría de limitar su alcance a la modificación de errores puramente materiales que pudieran haberse deslizado en la redacción de los respectivos escritos de alegaciones del Fiscal y de la defensa del menor.

Si, por el contrario, esa posibilidad legal se concibe como un Expediente de desvinculación del Juez respecto de las calificaciones y las medidas propuestas por las partes, será necesario aplazar la iniciativa jurisdiccional a un momento inmediatamente posterior a la práctica de toda la prueba propuesta. En tales casos, una interpretación integradora que tome como referencia la previsión de los artículos 733 y 793.6 párrafo 2 LECrim habría de tener presentes las singularidades que definen el enjuiciamiento de un menor de edad. En principio, la calificación jurídica del hecho no despliega un efecto idéntico respecto del proceso penal del mayor de edad. Como es sabido, la pena señalada en el tipo no resulta aplicable al menor que, precisamente por razón de su dificultad para captar el mensaje imperativo de la norma penal, está sujeto a un régimen de medidas de naturaleza bien distinta a la predicable de la pura sanción penal (art. 7).

Tampoco puede decirse que la calificación jurídica del hecho sea irrelevante para el enjuiciamiento del menor infractor. La garantía constitucional asociada al principio de legalidad se opone a cualquier intento de relativizar la importancia y el significado del tipo para todo proceso penal, con independencia de la edad del infractor. Además, supondría desconocer la importancia del límite que, en garantía del enjuiciado, establece el artículo 8 párrafo 2 que, como es sabido, prohíbe imponer en los casos que ese precepto menciona, una medida privativa de libertad cuya duración exceda de la pena privativa de libertad que hubiera podido imponerse si el autor hubiera sido mayor de edad y declarado responsable de acuerdo con el Código Penal. Además, en el texto de la LORPM abundan los preceptos en los que la calificación jurídica del hecho actúa como dato determinante del desenlace mismo del proceso (cfr. art. 19.1) o como criterio definitorio de las posibilidades de acceso al Expediente por parte del perjudicado (art. 25 párrafo 2).

Conviene, además, no perder de vista la importancia que la calificación jurídica del hecho imputado despliega para asegurar la efectividad del derecho de defensa, descartando cualquier calificación sorpresiva que, por su falta de homogeneidad con el hecho inicialmente calificado, pueda acarrear un menoscabo del contenido esencial del derecho del menor a un proceso con todas las garantías. En definitiva,

la aplicación de una calificación jurídica alternativa por parte del Juez habrá de acomodarse a los criterios jurisprudenciales que han venido definiendo las facultades del órgano jurisdiccional a la hora de desvincularse de la calificación jurídica suministrada por las partes. La homogeneidad entre el tipo invocado por el Fiscal y el fundamento jurídico de la sentencia constituye una exigencia irrenunciable para descartar toda posibilidad de indefensión.

El grado de vinculación del Juez de Menores respecto de la medida sugerida por las partes conoce en la propia ley algunas previsiones que facilitan la solución de dudas prácticas. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 párrafo 1, el Juez no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. A tal fin la enumeración contenida en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, enumeración que se ordena «... según la restricción de derechos que suponen...», constituye un instrumento aplicativo de primer orden a la hora de fijar los límites y el alcance de los facultades del órgano jurisdiccional.

De acuerdo con lo expuesto, no parece que el debate promovido por el Juez al amparo del artículo 37.1, relativo a la calificación jurídica y a la medida propuesta por las partes, pueda identificarse, sin más matices, con un Expediente de desvinculación similar al contemplado por la LECrim para otros procedimientos ordinarios. La necesaria homogeneidad entre el título jurídico de imputación propuesto por el Fiscal y el que sirve de fundamento a la sentencia condenatoria, representa el verdadero límite a la capacidad jurisdiccional para apartarse de la calificación sugerida por el Fiscal. Desde el punto de vista de la medida, no parece que exista dificultad alguna para que el Juez pueda imponer una medida cualitativamente distinta a la propugnada por el Fiscal, sin perjuicio de respetar el límite cuantitativo que es objeto de afirmación expresa en el artículo 8 párrafo 1 de la ley.

4. Práctica de la prueba e informe

La práctica de las pruebas a desarrollar durante la audiencia se acomoda, a falta de previsión expresa, a los criterios generales que establece la LECrim al regular la actividad probatoria. No es obstáculo a esta afirmación la literalidad del inciso final del apartado 2 del artículo 37, cuando señala que «... por último, el Juez oír al menor, dejando la causa vista para sentencia». Ese enunciado legal no persigue una extravagante alteración del orden lógico y tradicional para la práctica de la prueba. Tampoco abandona la práctica del interrogatorio del menor a una actividad exclusivamente judicial, sin intervención del Fiscal y la defensa. Este precepto, en sintonía con recientes pronunciamientos jurisprudenciales, recuerda la importancia de que la audiencia culmine con la *última palabra* del menor, como manifestación concreta del principio de contradicción que informa el íntegro desarrollo de las sesiones de la audiencia.

Pese al silencio del texto legal, conviene tener presente el papel que la Ley Orgánica 5/2000 reserva al perjudicado que, si bien carece de la capacidad legal necesaria para el ejercicio de la acción penal, puede asistir a la audiencia e intervenir activamente en el desarrollo de la actividad probatoria, al autorizarlo de modo expreso el artículo 25 párrafo 5.

El Fiscal habrá de velar de modo especial por que el orden de la actividad probatoria se acomode al superior interés del menor, instando del Juez, cuando ello re-

sulte procedente, haga uso de la facultad que al efecto le concede el artículo 701 párrafo 6 LECrim. Paralelamente habrá de ponderar en todo caso la conveniencia de que el menor se halle presente o no durante la práctica de determinadas diligencias de prueba, cuyo desarrollo podría repercutir negativamente en el proceso de formación de aquél, solicitando del Juez invite al menor al abandono momentáneo de la sala, conforme autoriza el artículo 37.4.

En sus informes los Fiscales expondrán una valoración de la prueba, la calificación del hecho y la procedencia de las medidas propuestas. El artículo 37 no dibuja un trámite específico de ratificación o modificación del escrito de alegaciones. El carácter provisional de éste no ofrece dudas. Su formulación es fruto de una fase de investigación todavía ajena al desarrollo de la genuina actividad probatoria. Su funcionalidad, en no pocos casos, se agotará en la fase intermedia, justificando la apertura de la audiencia. El desarrollo de la actividad probatoria podrá confirmar la propuesta provisoria del Fiscal u obligará a éste a una modificación que, en todo caso, estará sujeta a los límites impuestos por la inalterabilidad del objeto del proceso. De verificarse ese cambio en la calificación provisional del hecho y/o en la medida propuesta inicialmente, los Sres. Fiscales habrán de cuidar a fin de que exista constancia documentada de ese cambio, bien mediante su reflejo en acta, bien mediante la formulación de un escrito que habrá de incorporarse al Expediente. Así lo exigen razones impuestas por el principio de congruencia y por la necesidad de que el ejercicio de cualquier acto impugnatorio cuente con el adecuado reflejo documental de la pretensión del Fiscal.

Nada dice el artículo 37 al respecto, pero los principios que informan la LORPM aconsejan que el informe del Fiscal huya de una exposición cuya monotonía convierta aquél en un recitativo puesto al servicio del más puro tecnicismo. El Fiscal habrá de esforzarse en la búsqueda de un nada fácil equilibrio entre el respaldo técnico a sus argumentos y el mensaje educativo al menor. Es indudable que el informe del Fiscal tiene al Juez de Menores como principal destinatario, mas no es éste el único que ha de extraer conclusiones de los argumentos de aquél. Aun reconociendo las dificultades para que ello constituya una regla general, sería deseable que la exposición del Fiscal permitiera al menor infractor conocer el *qué* y el *por qué* de la medida propugnada. De ahí que sin abdicar del razonamiento jurídico indispensable para avalar la pretensión ejercida, el Fiscal habrá de acomodar su exposición a un lenguaje que permita al menor captar el propósito educativo que, sin duda, se hallará latente en la justificación de la medida sugerida.

IX. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL FALLO

La necesidad de descartar toda concepción exclusivamente retributiva en la imposición de la medida, lleva al legislador a introducir un conjunto de reglas y presupuestos a los que se asocia la posibilidad de suspensión de la ejecución del fallo. El régimen jurídico de esa suspensión viene expresamente regulado en el artículo 40.

Son muchas las incertidumbres que el contenido de aquel precepto propicia. Algunas de ellas van a ser objeto de examen *infra*. La primera de ellas se refiere a la necesidad misma de esa regulación. El legislador parece haber llevado a cabo un elogiado esfuerzo de adaptación del mecanismo jurídico de suspensión condicio-

nal de la pena que regula el artículo 87 del Código Penal. Sin embargo, ese intento de modular para el menor infractor una institución tan arraigada en nuestro sistema penal, no parece haberse traducido en un resultado especialmente satisfactorio. Estamos en presencia de una institución construida sobre el transcurso del tiempo y sobre la aplicación aplazada de un fallo judicial en el caso en que el menor incumpla alguna de las condiciones a las que se subordina el disfrute de esa suspensión condicional. Sucede, sin embargo, que el tiempo despliega en la vida del menor un efecto tan intenso que hace especialmente difícil hacer depender de su transcurso y de otras circunstancias concurrentes la procedencia de la ejecución o remisión definitiva del fallo. La idea de obligar a cumplir a un menor de edad una medida impuesta dos años atrás por un hecho cometido hace todavía más tiempo, no parece que se acomode fácilmente a los principios que inspiran y definen el enjuiciamiento del menor de edad.

La anunciada duda acerca de la necesidad de regulación de ese instituto se hace más visible cuando se repara en la importancia y en las posibilidades aplicativas de otro precepto –art. 14– que permite al Juez, de oficio o a instancia del Fiscal o del Letrado del menor, con informe del Equipo Técnico, *dejar sin efecto* la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siendo suficiente para ello que esa modificación se considere procedente para el interés del menor y se haya expresado suficientemente a aquél el reproche merecido por su conducta. Como puede apreciarse, esta norma conduce a un efecto práctico idéntico al que permite la suspensión del fallo, a saber, privar a la medida impuesta de su eficacia inmediata, con la ventaja añadida de no abrir la puerta a una futura recuperación de la medida para el caso en que el menor incurra en una nueva infracción. Es dudoso que ese castigo aplazado –sobre todo si el tiempo de la suspensión ha sido fijado con demasiada holgura–, pueda contribuir al desarrollo educativo del menor. Ello no significa que esa infracción añadida al historial del menor no debiera producir alguna clase de efecto. Quizás hubiera sido suficiente con que ese dato fuera ponderado para la elección de una medida en el procedimiento a seguir como consecuencia de la segunda infracción, sin necesidad de imponer legalmente la ejecución del fallo que fue objeto de aplazamiento.

En cualquier caso, no ha sido éste el criterio seguido por el legislador, que ha incorporado entre los preceptos de la LORPM la posibilidad de una suspensión de la ejecución del fallo, en los términos descritos por el artículo 40. Ello exige de los Fiscales, una vez más, una exhaustiva ponderación de lo que el interés del menor pueda sugerir a la hora de proceder a la ejecución o suspensión de lo resuelto. De ahí que los Sres. Fiscales habrán de asumir la importancia de la aplicación de este mecanismo jurídico de suspensión, huyendo de toda rutina que convierta el trámite previsto en el artículo 40 en un burocratizado epílogo a la fase de audiencia. Pese a todo y en línea con lo que ya ha sido expuesto anteriormente, los Sres. Fiscales habrán de extraer del artículo 14 todas las posibilidades aplicativas que ese precepto sugiere, atribuyendo a la suspensión del fallo un carácter excepcional que viene aconsejado por su propia naturaleza y efectos derivados.

Ya se ha anticipado que las dudas que suscita la regulación legal son de muy variado signo. Una de ellas, por ejemplo, va referida al propio fundamento de la institución, que parece ser traicionado por el artículo 40.3 cuando impone la obligada ejecución de lo resuelto para el caso en que, una vez concedida la suspensión, no se cumplan algunas de las condiciones que contemplan los tres párrafos del apartado 2 del artículo 40. Así, el hecho de que durante la suspensión le haya sido

aplicado al menor infractor una medida en sentencia firme, determina de modo automático la revocación de la suspensión y la inmediata ejecución del fallo. Ese peso del nuevo delito a la hora de justificar el cierre de toda posibilidad de reconsideración acerca de la procedencia de ejecutar o suspender el fallo, no deja de ser llamativo, pues se halla en franco contraste con el valor que distintos pasajes de la LORPM confieren al historial delictivo del menor. Así, por ejemplo, durante la fase de investigación, la circunstancia de que el menor haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, obliga al Fiscal a incoar Expediente, descartando la fórmula de archivo que ofrece el artículo 18 párrafo 2, pero no le impide la aplicación de una propuesta de sobreseimiento ulterior si considera «...inadecuado para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos» (art. 27.4). No sucede lo mismo en relación con la suspensión del fallo que, como se viene comentando, obliga al Juez a alzar la suspensión y a proceder a ejecutar la sentencia en todos sus extremos. El problema surgirá en aquellas ocasiones en que el plazo transcurrido desde la infracción inicial convierta en absolutamente improcedente esa mecánica aplicación de lo resuelto. No faltarán casos, por otra parte, en que el diferente ritmo de tramitación de distintos Expedientes provoque un indeseado efecto aleatorio en el momento de la ponderación acerca de la conveniencia de suspender o ejecutar el fallo.

Todo ello conduce a la necesidad de que los Sres. Fiscales tomen especial interés en evitar, siempre que ello sea posible y atendiendo a cada caso concreto, que el plazo de suspensión sea excesivamente largo. El período máximo de dos años que contempla el texto legal (art. 40.1) no deja de ser un espacio de tiempo especialmente prolongado en la vida de un menor de edad. A ello habría que añadir el negativo efecto que podría producirse en aquellos casos en que, habiendo alcanzado el infractor la mayoría de edad, se procediera a la ejecución de lo resuelto y, precisamente por ello, a la aplicación de una medida cuya justificación podría ya no ser tan evidente. Se trata, en fin, de evitar, en cuanto fuera posible, la ultravigencia de un fallo que podría resultar inapropiado en el momento en el que las circunstancias obligan a su ejecución.

La libertad que el artículo 40.1 concede al Juez a la hora de documentar lo resuelto en materia de suspensión —«... se acordará en la propia sentencia o por auto motivado cuando aquélla sea firme...»— no es cuestión menor. Esa diferencia aparentemente reducida a lo meramente formal trae consigo un diferente régimen impugnatorio en uno y otro caso. Parece más conveniente que la exclusiva discrepancia respecto de la concesión o denegación de la suspensión del fallo no se traduzca en un recurso de apelación contra la sentencia que aplazaría la firmeza de aquélla y obligaría a un trámite mucho más complejo que el que se asocia a la impugnación de un auto. De ahí que, pese a que es al Juez al que incumbe decidir el vehículo formal de la suspensión, puede resultar de interés que el Fiscal haga llegar a aquél, en el momento de su informe, la conveniencia acerca de que esa decisión se segregue formalmente de la sentencia que ponga término a la audiencia y se acuerde en un auto.

Entre las condiciones que el artículo 40 señala para acceder a la suspensión del fallo se encuentra la necesidad de que «... el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de *reintegrarse a la sociedad*, no incurriendo en nuevas infracciones». Es indudable que la expresión por el menor de una voluntad encaminada a evitar nuevas infracciones, representa un presupuesto perfecta-

mente exigible. Sin embargo, la literalidad del precepto puede no resultar la más adecuada para el logro del fin propuesto. Exigir del menor que se reintegre en la sociedad supone atribuir a la infracción cometida un efecto de exclusión respecto del grupo social y familiar en que el menor se desenvuelve. De ahí la conveniencia de que el Fiscal, en el ámbito de las facultades que le son propias, huya deliberadamente del empleo de expresiones que puedan dar pie a entender que el menor ha sido excluido del entorno social que le acoge, profundizando así en una idea de aislamiento que puede no haber calado en el menor y que, sin embargo, la terminología legal sugiere. Es, en definitiva, la inequívoca expresión del compromiso del menor de respetar los bienes jurídicos ajenos lo que debiera convertirse en el presupuesto al que asociar la concesión o rechazo de la suspensión del fallo.

No está exenta de dificultades la facultad que el artículo 40.2 c) confiere al Juez a la hora de acordar «... la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa recomendada por el Equipo Técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores [...], incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo». Y es que la rigidez que late en el artículo 40.3 a la hora de fijar los efectos del incumplimiento de alguna de las condiciones a que se asocia la suspensión del fallo, se convierte ahora en absoluta e ilimitada flexibilidad, llegando a autorizar al Juez a diseñar una nueva medida cuya aplicación parece bordear las exigencias impuestas por los principios de legalidad y acusatorio.

En efecto, el precepto transcrito permite al órgano jurisdiccional la aplicación de un régimen de libertad vigilada que, conforme al artículo 7.1 h) representa una verdadera medida. Lo propio puede decirse de la obligación de realizar una tarea socio-educativa que, de acuerdo con el artículo 17.1 k) constituye otra de las medidas asociables al hecho injusto cometido por el menor de edad. Ello supone que con la cobertura formal de la *suspensión* del fallo se puede desembocar en una verdadera *sustitución* del fallo que se realiza sin necesidad de audiencia previa por parte del Fiscal o el defensor del menor y que sólo exige, tratándose de la realización de una actividad socio-educativa, la recomendación en tal sentido por parte del Equipo Técnico o la entidad de protección o reforma. Desde el punto de vista exclusivamente práctico, ello complica la búsqueda de la medida más adecuada para el menor, obligando al Equipo Técnico a ofrecer una alternativa en función de que la medida vaya o no a ser sustituida por el Juez.

El problema se agrava si se repara en el criterio empleado por el legislador para la fijación de un límite temporal de esa medida de régimen de libertad vigilada o de realización de actividades socio-educativas. En el primero de los casos, su duración se asocia a la que se corresponda con el plazo de suspensión. En el segundo, no parece siquiera que exista una previsión específica, pues el Juez expresará –sin límite legal aparente– la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo. Ello puede conducir a resultados notoriamente inaceptables.

Parece fuera de duda que el criterio de los Jueces de Menores llamados a la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 contribuirá a consolidar una interpretación acomodada a los principios que definen el derecho a un proceso justo, no avalando un entendimiento que permita, por la vía que ofrece la suspensión del fallo, eludir los límites que, en garantía del menor, establecen de modo expreso los dos pá-

rrafos que integran el artículo 8. Carecería de sentido, por ejemplo, imponer en sentencia una medida de libertad vigilada por tiempo de tres meses y suspender el fallo para imponer esa misma medida por espacio de un año.

Los Sres. Fiscales, pues, habrán de hacer uso de las facultades impugnatorias que la ley les otorga a fin de impedir que la suspensión del fallo pueda ponerse al servicio de una tan ilimitada como incontrolada facultad decisoria. Ello no es obstáculo, claro es, para que sean los propios Fiscales los que, al amparo del artículo 14, insten del Juez, en cualquier momento del procedimiento, la posibilidad de una modificación, sustitución o reducción de la medida, conforme permite el citado precepto, siempre que el superior interés del menor así lo aconseje. Lo propio puede afirmarse respecto de todos aquellos otros casos en que sea el Juez de Menores el que, de oficio, previa audiencia del Fiscal y del Equipo Técnico, acuerde una modificación, sustitución o reducción de la medida.

X. RÉGIMEN DE RECURSOS

El Título VI de la LORPM contiene la regulación del régimen de recursos frente a las resoluciones que se adopten en el curso de este procedimiento (arts. 41 y 42).

1. Inadmisibilidad de recurso frente a los Decretos del Ministerio Fiscal

Ha de tenerse presente, en primer lugar, que las decisiones que en el curso del procedimiento adopte el Fiscal, ya sea en la fase de Diligencias Preliminares o en el Expediente de reforma, que revestirán siempre la forma de Decretos, no son susceptibles de recurso alguno.

En algunos supuestos el Decreto del Fiscal podrá ser atacado indirectamente por la vía de reiterar la petición ante el Juez de Menores: así sucede en los casos contemplados en el artículo 25, párrafo 6.º, cuando el Fiscal deniega la personación del perjudicado en fase instructora o cuando rechaza la práctica de alguna prueba interesada por el perjudicado o por la defensa del menor.

En otros supuestos el Decreto determina directamente una resolución judicial. Así ocurre *v. gr.* en el caso en que el Fiscal acuerde por medio de Decreto interesar el sobreseimiento del Expediente de reforma por conciliación o reparación (art. 19) o por cualquier otra causa. En estos casos el recurso será posible frente a la resolución judicial de que se trate, pero no contra el Decreto del Fiscal que la hubiere propiciado.

Finalmente, en otros casos el Decreto del Fiscal no tiene reflejo en resolución judicial alguna. Así sucede con las decisiones adoptadas por el Fiscal en fase de Diligencias Preliminares, ya sea acordando el archivo, el desistimiento de la incoación del Expediente de reforma, la remisión al Juzgado de Instrucción o a la entidad protectora, o la incoación de Expediente de reforma. Todas estas decisiones del Fiscal no son susceptibles de recurso por el menor o por el perjudicado, tal y como sucede analógicamente con las resoluciones del Fiscal recaídas en el curso de las Diligencias de Investigación penal reguladas en el artículo 785 bis LE-Crim –aplicable supletoriamente por virtud de la disposición final primera– y en el artículo 5 del EOMF.

En todo caso y en relación con las decisiones del Fiscal de archivar las Diligencias Preliminares o de desistir de la incoación del Expediente, justo es reconocer que la cuestión de la irrecurribilidad se presenta en términos no idénticos en la LORPM que en el resto de los procedimientos.

Tratándose de Diligencias de investigación penal, el artículo 785 bis prevé que ante la decisión de archivo o de no ejercicio de acciones por el Fiscal el perjudicado pueda reiterar su denuncia ante la autoridad judicial. En este sentido, el ATC 219/1984, de 4 de abril, y el ATS de 20 de diciembre de 1990, rechazaron la posibilidad de revisar, tanto constitucionalmente como judicialmente, las decisiones del Fiscal de no ejercer acciones penales; si bien en ambos autos se hacía referencia, entre otros argumentos, a la posibilidad de ejercicio de la acción por el propio perjudicado al no ostentar el monopolio de la misma el Ministerio Fiscal. En este sentido se pronunció la Consulta 2/1995, de 19 de abril, de la Fiscalía General del Estado.

Por el contrario, si el Fiscal decide archivar las Diligencias Preliminares de la LORPM, el perjudicado no cuenta con ninguna alternativa distinta al recurso —que ahora se niega— para obtener la actuación del Juez de Menores; es decir, no puede ejercer por sí mismo la acción ni reiterar su denuncia ante el Juez de Menores. El Fiscal ostenta el monopolio del ejercicio de acciones de reforma en el procedimiento de la LORPM.

Ahora bien, aun dándose tan importante diferencia, debe mantenerse la irrecurribilidad de la decisión del Fiscal en estos supuestos, en atención a los argumentos —que se dan ahora por reproducidos— manejados por las Resoluciones y Consulta antes citadas, basados esencialmente en el carácter constitucional de la institución del Ministerio Público al que le corresponde determinar acerca del modo de ejercer sus funciones y, asimismo, se añade ahora, en atención a los principios que inspiran la Ley Orgánica 5/2000 los cuales han llevado a la negación de la existencia de acusación particular o popular (art. 25 párrafo 1.º) en este procedimiento, lo que resulta congruente con la atribución en exclusiva al Fiscal de la decisión de iniciar o no el Expediente, que —según la configuración legal— resulta irrecurrible.

Lógicamente, la irrecurribilidad se proclama sin perjuicio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria del Fiscal en casos de decisiones absolutamente contrarias a los deberes inherentes al Ministerio Público, e inclusive a la exigencia de responsabilidades civiles o penales en sus respectivos casos.

2. Recursos frente a autos y providencias del Juez de Menores

Hemos de distinguir entre providencias, aquellos autos específicamente señalados en la ley y el resto de los autos.

2. A) PROVIDENCIAS

Frente a las providencias del Juez de Menores cabe recurso de reforma, que se interpondrá ante el propio órgano en el plazo de tres días a partir de la notificación (art. 41.2), y, posteriormente, contra el auto resolutorio del recurso de reforma podrá interponerse recurso de apelación (art. 41.2 *in fine*). Se admite así reforma, que

tiene carácter necesario, y posterior apelación contra todas las providencias del Juez de Menores.

2. B) AUTOS EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LA LEY COMO SUSCEPTIBLES DE RECURSO DE APELACIÓN

Ese mismo régimen –reforma y apelación, si bien en este caso la reforma es potestativa (art. 787.3 LECrim)– es el procedente contra los autos señalados en el artículo 41.3. Tales autos son los siguientes:

– Autos que pongan fin al procedimiento. Entre éstos ha de incluirse el auto de sobreseimiento, tanto libre como provisional por cualquiera de las causas previstas en la LECrim [art. 33 b)], y el de sobreseimiento en los supuestos del artículo 33 c) o por inhibición al Juzgado de Instrucción del artículo 33 d).

– Autos resolutorios de modificación de medidas (art. 14)

– Autos dictados para acordar las medidas cautelares de internamiento, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28)

– Autos dictados en aplicación de medidas cautelares en los supuestos de exención de responsabilidad en los casos de los núms. 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 del CP.

– Autos que recaigan en materia de suspensión de la ejecución del fallo (art. 40).

– Autos del Juez de Menores dictados en materia de derecho transitorio contemplados en la disposición transitoria única, apartado 5.

A estos autos debe añadirse aquellos otros que se mencionan en el artículo 52 de la Ley. Conforme a este precepto, en materia de ejecución de medidas, tanto el menor por sí mismo, ya sea de forma escrita o verbal, como el Letrado del menor, de forma escrita, podrán interponer ante el Juez de Menores o con posibilidad de presentación ante el Director del Centro de internamiento, recurso contra cualquier resolución adoptada durante la ejecución de las medidas. El Juez de Menores resolverá dicho recurso mediante auto que será recurrible en apelación (art. 52.2 en relación con el art. 41.3).

Guarda silencio el artículo 52 sobre la legitimación activa del Fiscal para la interposición de estos recursos en materia de ejecución de medidas. No obstante, resulta inadmisibles negar al Fiscal legitimación para recurrir en materia de ejecución pues ello iría en contra de la función atribuida al Fiscal por los principios que inspiran esta Ley. Igualmente no se entiende que si el recurso se interpusiere por el menor o su Letrado cupiera posterior apelación y si se interpusiera por el Fiscal cupiera posterior queja al no alcanzar a su recurso la previsión expresa del artículo 52. Tal solución, a la que se llegaría en una interpretación literal del precepto, debe ser rechazada. Ha de entenderse que la referencia al menor y a su Letrado –y no al Fiscal– contenida en el apartado 1 del artículo 52 está ceñida a la forma de presentación del recurso (verbal o escrita; ante el Juez o ante el Director del centro), lo que no impide la legitimación activa del Fiscal sino que alcanza *a contrario sensu* a la forma en que el Fiscal habrá de presentar sus recursos –por escrito y ante el Juez de Menores–. En el apartado 2 del artículo 52 se establece el régimen de recursos contra el auto resolutorio del juez, y al admitirse la apelación se hace con independencia de que el recurrente sea el menor, su Letrado o el Fiscal.

2. C) RESTANTES AUTOS DEL JUEZ DE MENORES

Contra los restantes autos del Juez de Menores, por tanto aquellos no especificados en el artículo 41.3 ni en el artículo 52, se plantea cuál sea el régimen posible de recursos.

En el artículo 41, apartados 2 y 3, solamente se indica que estos autos serán objeto de reforma y, asimismo *a contrario sensu*, que están excluidos de la apelación. No se menciona si cabe o no el recurso de queja.

A favor de la admisibilidad de este último recurso debe invocarse la disposición final primera de la LORPM que establece como derecho supletorio las normas reguladoras del procedimiento abreviado. Por ello, al igual que sucede en ese procedimiento, contra los autos no expresados en la ley como susceptibles de apelación se ha de admitir el recurso de queja a tenor de lo dispuesto en el artículo 787.1 LECrim. Tal solución –reforma y queja– resulta, además, la única vía interpretativa que permite dar cierta coherencia al régimen de recursos establecido en la LORPM, pues resultaría inexplicable que contra los autos excluidos de la apelación únicamente cupiera reforma y, sin embargo, contra las providencias pudiera interponerse en todo caso reforma y apelación.

De este régimen se excepciona, no obstante, el auto del Juez de Menores en revisión de las sanciones disciplinarias impuestas al menor que, a tenor del artículo 60.7, ha de reputarse irrecurrible.

La tramitación de la reforma, apelación y queja se sujetará a las normas que disciplinan estos recursos en el procedimiento abreviado, con la única especialidad de que el órgano *ad quem* en la apelación y queja será la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia.

3. Especial consideración del auto del Juez de Menores resolviendo acerca de la personación del perjudicado

Frente a la negativa del Fiscal de tener por personado en el Expediente al perjudicado en los supuestos del artículo 25, éste podrá reiterar su petición al Juez de Menores, quien habrá de resolver por auto. Dicho auto será recurrible por el perjudicado o por el Fiscal conforme al régimen del artículo 41.2, pues así lo dispone el párrafo 9 del artículo 25.

El auto será, conforme a la interpretación que hemos sostenido del artículo 41.2, recurrible en reforma y queja, al no estar específicamente señalado entre los susceptibles de apelación.

4. Especial consideración del auto del Juez de Menores resolviendo sobre la admisibilidad de alguna diligencia de prueba interesada por el perjudicado o por el Letrado del menor

Si el Fiscal, a tenor del artículo 25, denegare al perjudicado alguna prueba que le hubiera sido solicitada, éste podrá volver a solicitarla del Juez de Menores «en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia» (art. 25, párrafo 6). Si la prueba denegada por el Fiscal hubiere sido interesada por el Letrado del menor, éste podrá reproducir su petición «en cualquier momento, ante el Juzgado de Menores» (art. 26).

Si se interesara del Juez la prueba en el escrito de alegaciones o en un momento anterior, la resolución del juez por la que se admita la práctica de la prueba –que habrá de revestir la forma de auto dado su contenido– será recurrible en forma y queja por el Fiscal.

Surge la cuestión de si será también recurrible por el menor o por el perjudicado la denegación por el Juez de la prueba. La respuesta en principio parece afirmativa habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 25 y en el artículo 33 *e*) que remiten al régimen de recursos del artículo 41.2 sin efectuar distinción alguna según el sentido admisorio o denegatorio de la prueba de la resolución. Sin embargo, la solución negativa se puede apoyar en la aplicación supletoria del artículo 792 LECrim, más acorde con el principio de economía procesal, en cuya virtud en supuestos de denegación de la prueba interesada no se interpondrá recurso sino que la prueba podrá ser nuevamente solicitada en el inicio de las sesiones de la audiencia, a tenor de los artículos 28, párrafo 8.º, y 37.1 de la Ley.

Así, estimando preferible esta segunda interpretación, cuando la prueba se solicitara en el acto inicial de la audiencia, si el Juez resolviera acerca de la práctica o no de la prueba sin suspender para ello la celebración de la audiencia, tal decisión sólo será recurrible mediante el correspondiente recurso que proceda frente a la sentencia de fondo.

5. Recurso de apelación contra la sentencia

La sentencia que dicte el Juez de Menores será recurrible en apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 41.1 y 25 párrafo último de la Ley.

Esta apelación se rige por los citados preceptos y subsidiariamente por lo dispuesto en el artículo 795 LECrim para la apelación en el procedimiento abreviado. Como principales diferencias –además de la competencia del órgano *ad quem*– el plazo para la interposición del recurso se rebaja a 5 días frente a los 10 que se establecen para recurrir en el procedimiento abreviado, y, de otra parte, la celebración de vista, ya sea pública o a puerta cerrada, se erige en trámite esencial para la resolución del recurso.

6. Recurso de casación para la unificación de doctrina

En el artículo 42, estructurado en ocho apartados, se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, inspirado en el recurso establecido en el orden jurisdiccional social en los artículos 217 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo Texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo de 7 de abril de 1995. También guarda cierta similitud con el recurso de casación en interés de ley que regulan los artículos 490 a 493 LEC de 2000.

Conviene advertir, en primer lugar, que se trata de un recurso difícilmente coherente con la materia de menores, que por definición es flexible y está necesitada de respuestas individualizadas.

Respecto de la aplicación del CP, habrá de jugar toda la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al interpretar los tipos penales y sus requisitos. Todo este cuerpo jurisprudencial es plenamente aplicable a la materia de

menores. De otra parte, en la vertiente relativa a la medida a aplicar a cada menor, las reglas legales existentes se caracterizan por su marcada flexibilidad, en tanto que las exigencias educativas de cada menor y las circunstancias específicas de cada caso habrán de determinar la medida que en concreto resulte adecuada. Por tanto, la elección de la medida, en cuanto operación guiada esencialmente por criterios educativos sugeridos por los técnicos, es algo que se resiste a ser revisado a través de un recurso de casación. Partiendo de que la personalidad de cada menor influirá esencialmente en la determinación de la medida será difícil encontrar dos casos sustancialmente iguales.

Hechas estas iniciales consideraciones acerca de la operatividad de este recurso, conviene advertir ante todo de las dificultades interpretativas que se derivan de la regulación efectuada en el artículo 42 de la LORPM. Admitiendo, pues, que se trata de un tema abierto y sometido a matices y enfoques, procede abordar seguidamente tres cuestiones esenciales respecto de este recurso: las resoluciones recurribles, los problemas relativos a la preparación e interposición del recurso y –finalmente– la eficacia de la sentencia que dicte la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver el recurso.

Las resoluciones recurribles se recogen en los apartados 1 y 8 del artículo 42. A tenor de los mismos, el recurso sólo podrá interponerse contra dos tipos de resoluciones: contra las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia en que se hubieren impuesto medidas de las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9 y contra los autos de tales Tribunales que resuelvan la apelación contra las decisiones del Juez de Instrucción en relación con la aplicación a los jóvenes del régimen de la LORPM conforme al artículo 4.

El artículo 42.1 delimita las sentencias recurribles exigiendo que en la misma «se hubiere impuesto una de las medidas a que se refieren las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9», en vez de expresar que «se hubiere impuesto o *solicitado*», por lo que, con arreglo a la letra de la Ley, en el caso de sentencias absolutorias o que impongan medida distinta de las comprendidas entre las que contemplan las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 9, pese a que la medida solicitada hubiere sido una de éstas, no procederá el recurso de casación.

Por otra parte, las sentencias recurribles podrán ser contradictorias entre sí con otras sentencias dictadas por la misma Sala, amén de con las dictadas por otras Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, o con sentencias del Tribunal Supremo. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación lógica del artículo 42.2 de la LORPM, pues la ausencia de una clarificadora coma, que pudiera haberse situado inmediatamente después de la locución «entre sí» que emplea aquel precepto, no parece autorizar una consecuencia interpretativa distinta de la ya expuesta, máxime si se repara en que dicha coma sí existe en la redacción del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, idéntica por lo demás en este punto a la del artículo 42.2 que ahora comentamos.

Uno de los principales problemas que suscita la tramitación del recurso se encuentra en la deficiente y confusa regulación que de los escritos de preparación e interposición se efectúa en los apartados 3 a 5 del artículo 42.

Para la solución del problema ayuda poco el análisis comparativo de la regulación de este recurso en otros órdenes jurisdiccionales, habida cuenta de la disparidad de soluciones acogidas por el legislador. Así, en el recurso de casación para unificación de doctrina en materia laboral el recurso se prepara ante el órgano *a quo* y el escrito de interposición se presenta ante el órgano *ad quem* (arts.

219.1 y 221.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). El recurso de casación en interés de ley en la jurisdicción civil carece de fase de preparación y se interpone directamente ante el órgano *ad quem*, la Sala de lo Civil del TS, a tenor del artículo 492.1 LEC 2000. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que el recurso de casación para unificación de doctrina se interpone directamente, sin fase de preparación, ante el órgano *a quo* (art. 97.1 LJCA), el recurso de casación en interés de ley se interpone directamente ante el órgano *ad quem* (art. 100.3 LJCA). Por consiguiente, ante tan dispares modelos, habremos de atender en exclusiva a la redacción de los apartados 3 a 5 del artículo 42 de la LORPM para determinar la tramitación que corresponde a la fase de preparación e interposición del recurso.

La literalidad del apartado 5 del artículo 42, que se refiere a «... la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia *ante quien se haya interpuesto el recurso*...», parece despejar las dudas existentes sobre cuál sea el órgano ante el que deba ser interpuesto el recurso. El escrito de interposición se presentará ante el órgano *a quo*, es decir, ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia que hubiere dictado la sentencia o auto recurrido. Esta solución encuentra otro argumento favorable en el hecho de que resulta impensable que el legislador haya confundido la expresión «interpuesto», habiendo querido realmente decir «preparado», pues ello, además de ser difícilmente admisible –máxime cuando en el propio apartado 5 del artículo 42 se alude a la remisión de la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo–, supondría que debería ir alterado el orden de los apartados 4 y 5 del citado artículo 42.

Dicho lo anterior, es decir si la interposición se realiza ante el órgano *a quo*, no se explica la necesidad de un previo escrito de preparación del recurso, distinto del de interposición. En este sentido, aun reconociendo las dificultades que encierra la cuestión por la confusa regulación legal, debemos entender que el trámite de preparación es inexistente y que basta con un solo escrito de interposición.

A ello conducen los siguientes argumentos. De una parte, en los apartados 3 a 5 sólo se alude (art. 42.3) al plazo de 10 días para preparar el recurso, sin que para la interposición se mencione plazo alguno. Tal olvido no puede obedecer sino a la existencia de un único plazo –10 días– en tanto que existe un único trámite –el escrito de interposición–. De otro modo, surgiría la duda acerca del plazo para presentar el escrito de interposición. La integración de dicho plazo por aplicación supletoria de otras normas no resulta fácil; así, al no existir recurso de casación para unificación de doctrina en la LECrim parece que habría de acudirse por mor del artículo 4 de la LEC 2000 a lo dispuesto en el recurso de casación civil para unificación de doctrina, que fija en un año el plazo para interponer el recurso, duración que a todas luces resulta incongruente con la celeridad que ha de presidir la resolución en materia de menores. Por tanto, hemos de entender que no se trata de un olvido del legislador la fijación del plazo para la interposición del recurso, sino que dicho plazo de 10 días rige para el escrito de interposición, ya que no hay fase de preparación propiamente dicha.

Así las cosas, el apartado 3 del artículo 42 al referirse a que «el recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o el letrado del menor...», no está empleando el término *preparar* en sentido técnico, en tanto alusión a la fase procesal de preparación distinta de la de interposición, sino que emplea la expresión a modo de delimitación de las partes legitimadas activamente para presentar el escrito de interposición. Así se explica, además, el hecho de que, sin solución de continuidad,

el apartado 4 del artículo 42 se refiera al «escrito de interposición», sin que se contenga ninguna otra alusión o referencia a la preparación del recurso.

Por último, razones de economía procesal aconsejan la solución que se acoge de refundir en un solo escrito, dirigido a la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, la preparación y la interposición del recurso. Igualmente apoyan esta tesis motivos de orden práctico, tendentes a evitar los problemas que se derivarían del hecho de presentar un breve y escueto escrito de preparación, confiando la argumentación a un momento posterior cual sería el de la interposición, con el riesgo de que la Sala interpretara que no existen dos, sino una única fase, además, ya agotada.

Finalmente, resta por analizar el problema derivado de la eficacia de las sentencias dictadas al resolver estos recursos. Surgen serias dudas acerca de la verdadera funcionalidad de este pretendido recurso unificador.

La invocación que lleva a cabo el artículo 42.7 de la Ley 5/2000 de que la sentencia que resuelva este recurso se dictará «del modo y con los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», resulta llamativamente vacía de contenido habida cuenta de que en la LECrim no se contiene recurso alguno para la unificación de doctrina.

La existencia de sentencias sin efecto para el caso concreto –tal y como sucede en el recurso de casación en interés de ley en el orden civil en el que, como es sabido, el pronunciamiento judicial se limita a la fijación de criterios seguros para la unificación de la doctrina aplicable a los casos futuros– se compadece mal con el orden jurisdiccional penal.

Por ello, los Sres. Fiscales habrán de asumir la doctrina recogida en las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver estos recursos y hacerla valer en los asuntos de que conocieren a fin de modular conforme a la misma las medidas que hubieren sido impuestas.

Ciertamente la flexibilidad que en materia de imposición y ejecución de medidas se desprende de las amplias posibilidades que se brindan en los artículos 14 y 51 de la Ley (que permiten al Juez la sustitución de una medida por otra, la reducción de su duración o, incluso, la dejación sin efecto de la medida impuesta) habrán de ser incidentes que active el Fiscal cuando haya méritos para ello. Y no cabe duda de que la doctrina jurisprudencial recogida en una sentencia emanada del TS al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina puede y debe ser hecha valer a través de estos mecanismos cuando resulte oportuno, siempre con la mira en el favorecimiento del interés del menor y con el único límite de que la doctrina casacional no suponga una revisión de la situación del menor que le resulte más gravosa o perjudicial que la impuesta en sentencia firme.

XI. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

El Título VII de la LORPM está dedicado a la ejecución de las medidas. Muchos y muy variados son los problemas interpretativos que su articulado suscita. Por otra parte, aunque en la Ley las referencias a la intervención del Fiscal durante la ejecución sean esporádicas, no se puede perder de vista que su papel en esta fase del procedimiento sigue siendo fundamental, dada la general previsión contenida en el artículo 3.9 EOMF, que le encomienda «velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social», y muy espe-

cialmente a la vista de los intereses en juego que están presentes en la fase de ejecución; concretamente, el ejercicio y afectación de los derechos fundamentales de los menores, cuya protección, promoción y desarrollo especialmente atañen al Ministerio Fiscal.

1. Principio de legalidad

Comienza el Título con un expreso reconocimiento de la vigencia del principio de legalidad en sus vertientes procesal y penitenciaria. Sin embargo, la afirmación de que «no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma» (art. 43.1) parece difícilmente conciliable con la facultad prevista en el artículo 50.2 *in fine*, que permite al Juez de Menores, excepcionalmente y a propuesta del Fiscal, oídos el Letrado, el representante legal del menor y el Equipo Técnico, en caso de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, sustituir ésta por la medida de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento. Esta cuestión es objeto de desarrollo *infra*, al tratar del quebrantamiento de la medida.

2. Competencias judicial y administrativa

La ejecución material de las medidas corresponde a las entidades públicas, salvo que la LORPM expresamente prevea otra cosa, como en el caso de la amonestación, que es ejecutada directamente por el Juez de Menores (letra *l* del art. 7). Tampoco resulta necesario el concurso de la entidad pública para que el Juez ejecute las medidas de privación del permiso de conducir o de licencias de armas; en este caso, bastará con que el juez remita los oficios correspondientes a las autoridades administrativas competentes.

Contempla la Ley la posibilidad, nada desdeñable, de que las Comunidades y Ciudades Autónomas puedan recabar la colaboración de otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. Permite de esta manera poder contar, en el proceso de reeducación y reinserción del menor, con todas las iniciativas existentes en la sociedad civil, estimulando y favoreciendo de este modo el desarrollo, y fomentando el compromiso de los agentes sociales en la consecución de los objetivos que marca la Ley. Por tanto, tan indeseable resultaría la dejación de responsabilidades por parte de las entidades públicas, que expresamente rechaza la Ley, como el desprecio por parte de éstas de la actividad de otras entidades que trabajan en los mismos campos de atención al menor. Los convenios y acuerdos de colaboración que menciona la Ley (con ONGs, entidades educativas o asistenciales, etc.) pueden resultar especialmente útiles para ejecutar adecuadamente medidas como la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad o la realización de tareas socio-educativas.

La Ley incurre, sin embargo, en una petición de principio a la hora de determinar cómo comienza la ejecución de la medida. Por una parte, da a entender que es la entidad pública quien debe realizar un programa de ejecución, que deberá ser aprobado por el Juez antes de hacer la liquidación de condena [arts. 44.2 *c*) y 46.1]. Por otra, la remisión desde el Juzgado a la entidad pública del testimonio de los particulares de la causa relevantes para proceder a la ejecución de la sentencia está

previsto que se realice una vez practicada la liquidación de condena, y que, recibidos los mismos por la entidad pública, designe ésta un profesional responsable de la ejecución así como en su caso el centro donde se haya ejecutar la medida de internamiento (art. 46.2 y 3). ¿En qué consiste entonces lo que se denomina programa de ejecución? Parece difícil que la entidad pública pueda elaborar un programa de ejecución sin siquiera tener conocimiento de cuál va a ser la duración exacta de la medida. Sin embargo, tampoco parece oportuno practicar una liquidación de condena, sobre todo de determinadas medidas no privativas de libertad (prestaciones en beneficio de la comunidad o realización de tareas socio-educativas, por ejemplo), sin conocer las posibilidades de ejecución efectiva de la medida con que cuenta la entidad pública. También en los casos de ejecución de medidas de internamiento, el inicio de la ejecución puede estar condicionado por la efectiva disponibilidad de plazas en los centros.

Parece lógico, por tanto, que la primera actuación del Juez en sede de ejecución de aquellas medidas que haya de ejecutar la entidad pública (se excluyen, por tanto, la amonestación y la privación de permisos o licencias administrativas) sea la comunicación con la entidad pública, a efectos de que ésta dé a conocer la fecha posible de inicio de la ejecución de la medida. Una vez se tenga conocimiento de la fecha de inicio de la medida, procede la aprobación de la liquidación de condena, que practica el Secretario y de la cual, aunque la Ley no lo mencione expresamente, deberá dar traslado al Fiscal (el art. 46.2 sólo alude a la notificación al Fiscal del inicio de la ejecución). Asimismo, como expresamente recoge el artículo 26.5, en la liquidación de condena habrá de ser tenido en cuenta tanto el tiempo de duración de las medidas cautelares adoptadas en esa causa como en su caso el de las medidas cautelares impuestas en causas distintas, siempre que no se trate de hechos cometidos con posterioridad a la adopción de dichas medidas cautelares.

En el caso de ejecución de medidas de internamiento, la determinación del centro donde haya de cumplir el menor es competencia de la entidad pública, que estará condicionada tanto por la disponibilidad efectiva de plazas en la fecha que se haya señalado para el inicio de la medida como por la necesaria proximidad al domicilio del menor (art. 46.3), ya que la propia Ley reconoce el derecho del menor a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo con su régimen de internamiento (art. 56.2.e). Asimismo el traslado de centro es competencia de la autoridad administrativa pero, contrariamente a lo que sucede con los adultos que están cumpliendo penas de prisión, requerirá la aprobación del Juez de Menores competente, que será el titular del órgano sentenciador (art. 46.3).

La LORPM prevé que el Juez de Menores controle la ejecución resolviendo mediante auto motivado todas las incidencias que se puedan plantear durante la ejecución (art. 44.1). En tal sentido, la enumeración del artículo 44.2 no es un catálogo cerrado de funciones, sino una enumeración ejemplificativa, como claramente se deduce de los términos amplísimos en que está redactado su apartado a), que encomienda al Juez de Menores «adoptar todas las decisiones que sean necesarias para proceder a la ejecución efectiva de las medidas impuestas».

3. Intervención del Fiscal en la ejecución

El papel del Fiscal en los incidentes que se puedan plantear en ejecución se concreta básicamente en dos aspectos. Por una parte, está legitimado para plantear

todo tipo de incidentes (art. 44.2); por otra, debe despachar en los mismos el trámite de audiencia (art. 44.1). Su posición de garante de los derechos fundamentales, y de supervisor de la correcta ejecución de las resoluciones judiciales, habrá de llevar al Fiscal a extremar su celo a la hora de plantear o dictaminar los incidentes de ejecución, que en ningún caso podrán limitarse a formulismos rutinarios; deberá, por el contrario, valorar en cada caso el interés del menor como criterio supremo de actuación, y los restantes derechos e intereses en juego. La misma exigencia de motivación predicable de los autos del Juez de Menores es extrapolable en estos casos a los dictámenes del Ministerio Fiscal.

Para poder instar algunos de estos incidentes, es preciso un seguimiento activo por parte del Fiscal de la ejecución de las medidas impuestas. Por tal motivo, parece oportuno que, al margen de la ejecutoria que se lleve en el Juzgado y del expediente de ejecución que para cada menor haya abierto la entidad pública (art. 48.1), en las Fiscalías de Menores existan también expedientes o ficheros individuales de ejecución, en los cuales se vayan recopilando las sentencias firmes, los autos dictados en ejecución y los informes que en su caso emitan las entidades públicas (art. 49), una de cuyas finalidades puede ser precisamente solicitar del Ministerio Fiscal la revisión judicial de las medidas. La posibilidad de que se lleve en las Fiscalías este tipo de ficheros está expresamente prevista en el artículo 48.3, lógicamente con plena observancia de lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal. El seguimiento periódico de los expedientes de ejecución que se lleven en cada Fiscalía, unido al cumplimiento de la función que el Fiscal tiene encomendada de visitar regularmente los centros de internamiento téngase presente que el artículo 56 reconoce el derecho de los menores a comunicarse reservadamente con el Ministerio Fiscal, y a formularle peticiones y quejas, facilitará enormemente el recto ejercicio de las facultades reconocidas al Fiscal en fase de ejecución, y muy particularmente le permitirá plantear oportunamente las propuestas de revisión de las medidas (arts. 14.1, 44.2.b, 50 y 51) o solicitar de la entidad pública la adopción de medidas protectoras si así lo exigiese el interés del menor.

4. Ejecución de varias medidas

Particular atención presta la Ley al supuesto de cumplimiento de varias medidas impuestas a un mismo menor. En el caso de que se trate de medidas impuestas en una misma sentencia, el supuesto no reviste especial complejidad; corresponde al órgano sentenciador ordenar y controlar la ejecución de todas las medidas impuestas. Se plantea, no obstante, la cuestión del orden de cumplimiento de las medidas, a la que da repuesta la LORPM en su artículo 47. Siempre que sea posible, las medidas se cumplirán de manera simultánea (por ejemplo, permanencia de fin de semana y realización de tareas socio-educativas, o libertad vigilada y privación del permiso de conducir). En caso de que no sea posible el cumplimiento simultáneo, el citado precepto establece una serie de reglas generales, fácilmente excepcionables por el Juez cuando éste considere que el interés del menor aconseja seguir un orden distinto en el cumplimiento (art. 47.3). También es posible que el Juez sustituya todas o algunas de las medidas, y en cualquier caso el plazo total de cumplimiento de las medidas no podrá superar el doble de tiempo de la más grave (art. 13).

Mayor complejidad presenta el supuesto en que el menor haya sido condenado en procedimientos distintos. Por este motivo, resulta aconsejable hacer una inter-

pretación amplia de las reglas de conexidad delictiva del artículo 17 LECrim sobre todo, la prevista en su núm. 4 que permita el «enjuiciamiento de todos (los hechos) en unidad de expediente» como propugna la LORPM (art. 20.3). Ello no obstante, en ocasiones resultará inevitable el enjuiciamiento por separado de diversos hechos atribuidos a un mismo menor (ya sea por razón de la intervención en ellos de distintos copartícipes, ya sea por la distancia temporal entre los hechos). En tales casos, se plantea el problema de tener que coordinar la ejecución de sentencias distintas. El artículo 47.1 encomienda esta tarea al Juez que hubiere dictado la última sentencia firme, y añade que éste deberá ordenar, si fuese posible, el cumplimiento simultáneo de todas las medidas. Lo más frecuente será que cada Juez que ha impuesto una medida ordene su cumplimiento inmediato sin esperar a conocer el resultado de otros procedimientos en curso seguidos contra el mismo menor; lo contrario, en caso de infractores habituales, podría llevar a un aplazamiento *sine die* del inicio de cumplimiento de las medidas. En caso de recaer nueva sentencia condenatoria, el Juez que la haya dictado ordenará a la entidad pública la ejecución de la nueva medida impuesta, y será ésta la que ponga en conocimiento del Juez que ha dictado la última sentencia firme la existencia de otras medidas ejecutándose o pendientes de ejecución, para que el Juez de Menores dé las órdenes oportunas sobre el cumplimiento simultáneo o sucesivo de todas las medidas impuestas, con arreglo a las reglas previstas en el artículo 47.2.

En particular, siempre que sea posible la ejecución simultánea de las medidas, la entidad pública deberá ejecutarlas al mismo tiempo. En caso contrario, y salvo disposición expresa del Juez en otro sentido, ejecutará las medidas de internamiento antes que las no privativas de libertad; si la medida de internamiento hubiese sido impuesta una vez ya iniciada la ejecución de otra medida de diversa naturaleza, se interrumpirá la ejecución de esta última (regla 1.^a); la ejecución de la medida de internamiento terapéutico precederá a cualquier otra que se hubiere impuesto (regla 2.^a); en cualquier otro caso en que resulte imposible su ejecución simultánea, las medidas se ejecutarán según el orden cronológico de firmeza de las sentencias (regla 4.^a).

5. Concurrencia de medidas y penas

Cuando un mayor de 18 años que esté cumpliendo alguna de las medidas previstas en la Ley resulte condenado por la comisión de un nuevo delito conforme al CP y no sea posible el cumplimiento simultáneo de la medida y la pena impuestas (paradigmáticamente, el joven esté cumpliendo una medida de internamiento y sea condenado a pena de prisión), se cumplirá primero la medida y a continuación la pena, salvo que se trate de condena por delito grave y el órgano sentenciador ordene el cumplimiento inmediato de la pena de prisión (regla 5.^a).

Al margen de la anterior posibilidad, en cualquier caso de condena por delito, ya sea éste grave o menos grave, el Fiscal habrá de valorar si el interés del menor realmente aconseja esperar a que finalice la medida para cumplir a continuación la pena privativa de libertad, o si es preferible instar del Juez de Menores que deje sin efecto la medida que le fue en su día impuesta, para no demorar innecesariamente el cumplimiento de la pena de prisión.

De manera similar, cuando quien esté cumpliendo una medida alcance la mayoría de edad, habrá que valorar si se han logrado ya los objetivos propuestos en la

sentencia, en cuyo caso lo procedente será instar que se deje sin efecto la medida, o que se reduzca el tiempo preciso hasta completar el período de cumplimiento que se estime necesario para alcanzar dichos objetivos (art. 15). En cualquier caso, cumplidos los veintitrés años por quien esté sometido a una medida de internamiento, procederá o bien dejarla sin efecto o bien seguir su cumplimiento en un centro penitenciario.

6. Modificación de la medida

La ejecución de las medidas previstas en la LORPM está presidida por lo que se puede denominar principio de flexibilidad en la aplicación de la medida. Así, el artículo 14.1 contempla tres posibilidades de modificación de la medida impuesta en la sentencia, en función de las vicisitudes del proceso de ejecución y atendiendo siempre al interés prioritario del menor.

La primera de ellas consiste en dejar sin efecto la medida, lo cual deberá acordarse tanto cuando se constate el cumplimiento de los objetivos que con ella se pretendían lograr, como la absoluta ineficacia de la medida impuesta para lograr dichos objetivos. Un supuesto concreto, que contempla expresamente la Ley, aunque no el único, como presupuesto para dejar sin efecto la medida es que se haya producido la conciliación del menor con la víctima (art. 51.2).

La reducción de la medida impuesta tendrá lugar cuando exista un pronóstico favorable de evolución que permita suponer que las metas educativas propuestas podrán alcanzarse en un plazo inferior al inicialmente previsto.

Por último, la sustitución de la medida podrá llevarse a cabo cuando se compruebe que otra medida distinta de la inicialmente impuesta puede ser más eficaz para alcanzar los fines de reeducación y de reinserción que se pretendían con la imposición de la primera medida. Esta facultad de sustituir la medida debe tener en cuenta el tiempo ya cumplido de la anterior medida, de tal manera que no puede exceder del tiempo que reste para su total cumplimiento (art. 51.1) ni puede suponer, so peligro de vulnerar el principio de legalidad en la ejecución, una mayor restricción de derechos. A estos efectos, para discernir qué medidas se pueden imponer en sustitución de otras, resulta sumamente orientativo el orden en que el artículo 7 enumera las medidas, «ordenadas según la restricción de derechos que suponen». Así, por ejemplo, el internamiento en centro cerrado puede sustituirse por el internamiento en centro semiabierto o abierto, el internamiento terapéutico por el sometimiento a tratamiento ambulatorio, cualquier género de internamiento por la asistencia a un centro de día o la permanencia de fin de semana, y en general cualquier medida privativa de libertad por otra no privativa de libertad, como la libertad vigilada, la convivencia con otra familia, las prestaciones en beneficio de la comunidad o la realización de tareas socio-educativas. Asimismo, una libertad vigilada puede ser sustituida por prestaciones en beneficio de la comunidad o tareas socio-educativas.

7. Quebrantamiento de la medida

Supuestos particulares de sustitución de medidas durante la ejecución son los que la LORPM prevé para el caso de quebrantamiento (art. 50).

A las dificultades interpretativas que plantea la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento ya se aludió *supra*, y lo mismo cabe decir de la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra más restrictiva de derechos (de acuerdo con el orden fijado en el art. 7) aunque sea de la misma naturaleza.

Efectivamente, la facultad del artículo 50.2, entendida en los términos en que está redactada la Ley, supone admitir la posibilidad de que se le imponga al menor una medida más grave que aquélla a la que fue condenado en la sentencia, lo que podría resultar poco acorde con el entendimiento más clásico del principio de legalidad.

Una posible solución sería la de entender que la medida de internamiento en centro abierto sólo se podría imponer en una nueva sentencia, dictada en el procedimiento a que daría lugar el quebrantamiento de la medida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3. Esta solución no es satisfactoria, por varios motivos.

En primer lugar, es posible que el quebrantamiento tenga lugar cuando el menor ya haya alcanzado la mayoría de edad (párrafo primero del art. 15), en cuyo caso no sería procedente incoar el expediente; obviamente, en este caso, aunque la Ley diga que «el Juez de Menores remitirá testimonio del quebrantamiento de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal», el Juez de Menores deberá remitir el citado testimonio al Juzgado de Instrucción competente; en caso de que lo remita al Ministerio Fiscal, deberá éste enviarlo al Juez de Instrucción.

En segundo lugar, ante la indefinición de la Ley, cabe preguntarse qué delito constituiría el quebrantamiento de una medida no privativa de libertad. Resulta evidente que el delito no podrá ser otro que el previsto en el tipo subsidiario que contempla el inciso final del artículo 468 CP, castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Teniendo presente que la duración de la medida de internamiento no puede exceder del tiempo que duraría la pena que se le podría imponer al responsable mayor de edad (art. 8), y operando con la regla establecida en el artículo 53.1 CP para calcular el tiempo de privación de libertad que conllevaría el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, resulta que la medida de internamiento que se impusiese a un menor por la comisión de un delito de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad no podría exceder de trescientos sesenta días de duración, lo cual debería constituir una importante matización de la expresión «por el tiempo que reste para su cumplimiento». Por otra parte, imponer una medida de internamiento de tan larga duración —la duración máxima de las medidas no puede exceder ordinariamente de dos años (regla 3.ª del art. 9)— por un delito que en el CP castiga tan sólo con pena pecuniaria supondría, sin duda, una vulneración del principio de proporcionalidad que debe presidir toda actividad de determinación y fijación de la pena o medida correspondiente al delito cometido.

Otra posibilidad de salvar el escollo interpretativo sería la de entender que, análogamente a lo dispuesto en el artículo 100.2 CP, de aplicación supletoria en todo lo no previsto expresamente en la Ley (disposición final primera), la medida quebrantada podría ser sustituida por la de internamiento «si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad». Surge aquí el problema de que *a priori* la medida de internamiento en centro semiabierto está prevista o, mejor dicho, no está excluida, salvo que se trate de faltas, para ninguna de las infracciones que pueden dar lugar a la incoación del expe-

diente. En el CP, por el contrario, la medida de internamiento sólo está prevista para determinados supuestos de exención de responsabilidad, o de apreciación de eximentes incompletas siempre que se haya impuesto una pena privativa de libertad. Dado que en este último caso el CP sólo prevé la sustitución por el internamiento de penas privativas de libertad, y no de sanciones de otra naturaleza, se podría alcanzar la conclusión de que sólo pueden ser sustituidas por la medida de internamiento en centro semiabierto las medidas aplicables en caso de haberse apreciado la concurrencia de algunas de las causas de exención previstas en los núms. 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 CP. Sin embargo, en tal caso, las únicas medidas que se pueden imponer son las de internamiento en centro terapéutico o tratamiento ambulatorio (regla 7.ª del art. 9), por lo que esta vía interpretativa aportaría como única solución la posibilidad de sustituir por el internamiento en centro semiabierto el quebrantamiento de la medida de tratamiento ambulatorio, posibilidad que sólo tendría sentido si el centro semiabierto fuese a la vez centro terapéutico. Esta vía interpretativa se revela por tanto igualmente insatisfactoria.

Puede resultar útil, para encontrar una solución que permita al mismo tiempo aplicar la norma contenida en el artículo 50.2 y mantener íntegro el respeto al principio de legalidad, tener en cuenta que en la redacción inicial del Proyecto tan sólo se permitía la sustitución de la medida quebrantada por otra de la misma naturaleza, y que fue durante la tramitación parlamentaria cuando por aprobación de una enmienda se le dio la redacción actual al precepto, tomando como justificación los abundantes y reiterados incumplimientos que se producen de la medida de libertad vigilada. Es ésta una realidad que ya en la Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado había sido advertida, concluyendo entonces que «si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad, habrá que instar su cancelación».

Sin embargo, el marco legal permite otra solución cuando, de acuerdo con las propuestas del Equipo Técnico, se considere que lo más adecuado para el menor es la imposición de una medida de libertad vigilada u otra no privativa de libertad, y en caso de que el menor incumpla ésta, la medida de internamiento. La solución que se propugna es que, en tales casos y siempre que ello resulte justificado por la comisión de una pluralidad de hechos delictivos, el Fiscal solicite en su escrito de acusación la imposición tanto de la medida no privativa de libertad de que se trate (por lo general, la de libertad vigilada) como de la medida de internamiento por el tiempo que estime procedente, con la particularidad de que la medida no privativa de libertad habría de ejecutarse antes que la de internamiento, como excepción a la regla 1.ª del artículo 47.2, que el Juez de Menores podría alterar fundamentando su decisión en el interés del menor. De esta manera, si la sentencia recogiese la solicitud del Fiscal, la medida no privativa de libertad se ejecutaría en primer lugar y si el menor la cumpliera correctamente, el Fiscal debería solicitar que se dejase sin efecto la medida de internamiento, conforme a lo previsto en los artículos 14.1 y 51.1; en caso contrario, si se quebrantase la medida, el Fiscal debería solicitar que se dejase sin efecto la medida quebrantada y que se procediese a ejecutar la medida de internamiento. Un efecto similar se podría conseguir, pero sólo en el caso de que la medida propuesta fuese la de libertad vigilada o la de realización de tareas socio-educativas, por aplicación de lo previsto en el artículo 40 acerca de la suspensión de la ejecución del fallo, ya que se puede condicionar la no ejecución efectiva de una medida de internamiento en centro semiabierto al cumplimiento, du-

rante un plazo de hasta dos años, al cumplimiento de dichas medidas. Sin embargo, en este caso, tanto la aplicación de un régimen de libertad vigilada como la obligación de realizar una actividad socio-educativa debe haber sido recomendada por el Equipo Técnico o la entidad pública en el precedente trámite de audiencia. En cuanto al quebrantamiento de la permanencia domiciliaria de fin de semana, la LORPM prevé su sustitución por una medida *sui generis*, que es el cumplimiento ininterrumpido del tiempo que reste en régimen de arresto domiciliario, medida de discutible contenido educativo y cuya duración habrá de ser computada aplicando analógicamente la regla del artículo 37.1 del CP de acuerdo con la cual cada fin de semana se convertirá en dos días de arresto domiciliario.

8. Archivo de la ejecutoria

En cuanto la entidad pública considere que han sido ejecutadas en su totalidad las medidas impuestas, lo deberá poner en conocimiento tanto del Juez de Menores como del Ministerio Fiscal (art. 53.1). El Juez deberá valorar la información remitida por la entidad pública y en caso de estimarlo procedente acordar el archivo de la causa, mediante auto. De este auto se dará traslado al Fiscal para serle notificado. Lógicamente el Fiscal deberá comprobar que la ejecutoria está completa y que consta, aparte de los informes justificativos del cumplimiento de las medidas impuestas, la remisión de la sentencia firme al Registro especial previsto en la disposición adicional tercera de la Ley.

9. Ejecución de las medidas privativas de libertad

Gran parte de las normas del Título VII de la LORPM (concretamente el Capítulo III, que comprende los arts. 54 a 60 y lleva por rúbrica «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad») integran lo que podríamos denominar el Derecho Penitenciario de Menores, pudiéndose afirmar la existencia de un estrecho paralelismo entre estas normas y las correspondientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria. A diferencia de ésta, sin embargo, que se encuentra hoy en día desarrollada por el Reglamento Penitenciario, y a pesar de que la Ley Orgánica 5/2000 haga expresas referencias a un desarrollo reglamentario ulterior [arts. 43.2, 55.3, 56.2 *e*), *h*) y *n*), 59.1 y 2, 60.1], no debe desdénarse la posibilidad de que la Ley entre en vigor sin que tal desarrollo reglamentario haya tenido lugar, lo cual generaría no pocos problemas. Para solucionar estos problemas, derivados de la existencia de lagunas normativas, la Ley deberá ser integrada por los principios generales aplicables, algunos de ellos de rango constitucional, como la finalidad resocializadora de las medidas (art. 25.2 Constitución y art. 55 de la LORPM), los principios inspiradores de la Ley, como el del superior interés del menor, el catálogo de los derechos y deberes de los menores internos recogido en los artículos 56 y 57 LORPM, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General), los preceptos reglamentarios autonómicos de desarrollo de las leyes anteriores y que no hayan de considerarse derogados, y, en general, se deberá hacer uso —como ya se venía haciendo en la aplicación de la Ley Orgánica 4/1992— de la analogía *in bonam partem*, acudiendo a la legislación penitenciaria

para fundamentar aquellas actuaciones que se reputen beneficiosas para el menor. Por el contrario, la ausencia de una norma que, de manera similar a lo previsto en la disposición final primera sobre aplicación supletoria respecto del CP y la LE-Crim, prevea la aplicación supletoria de la legislación penitenciaria impide operar cualquier restricción de derechos que no esté expresamente contemplada y determinada en la Ley Orgánica 5/2000.

Así, concretamente, en materia de permisos, la falta de desarrollo normativo no podrá interpretarse en ningún caso como imposibilidad de concesión de los mismos. Como criterio hermenéutico para determinar en qué casos han de concederse los permisos y el régimen de disfrute de los mismos, deberá acudir, por tratarse de una aplicación analógica favorable al menor, a la normativa penitenciaria. Del mismo modo deberá actuarse para facilitar al menor el ejercicio de sus derechos de comunicación y visitas.

No podrán aplicarse analógicamente, sin embargo, las normas de la legislación penitenciaria relativas a una mayor restricción o limitación de derechos que la que de suyo comporta la privación de libertad asociada a la ejecución de la medida. Las autoridades responsables de la ejecución carecerán, por tanto, de facultades para intervenir las comunicaciones telefónicas de los internos o detener su correspondencia. Tampoco estas materias pueden ser objeto de regulación en posteriores reglamentos, ya que la afeción de derechos fundamentales implica reserva de Ley Orgánica (art. 81 de la Constitución). En consecuencia, la limitación de tales derechos no podrá fundarse en la relación de supremacía especial que genera el cumplimiento de la medida, como prevé el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino tan sólo en los supuestos que contempla la legislación procesal penal, como medio de investigación de un delito y previa la oportuna autorización judicial. Únicamente se podrán practicar, pese a suponer una injerencia en el derecho a la intimidad de los menores, los registros de las habitaciones de los menores internados y los cacheos previstos en el artículo 59.1. Por su parte, el empleo de medios coercitivos sólo será admisible para el logro de las finalidades expresadas en el artículo 59.2.

La falta de desarrollo reglamentario impedirá asimismo la imposición de las sanciones previstas en el artículo 60, ya que en tanto no se tipifiquen las correspondientes infracciones la imposición de una sanción vulneraría el principio de legalidad en materia sancionadora. Como ya aclaró en su día la STC 2/1987, de 21 de enero, la remisión expresa que hace la ley a una ulterior tipificación de las sanciones por vía reglamentaria es acorde con las exigencias del principio de legalidad.

XII. RESPONSABILIDAD CIVIL

La satisfacción de las consecuencias civiles del acto infractor, o, al menos, el reconocimiento del daño y la disculpa ante los perjudicados, son considerados por la Ley factores positivos, no sólo cara a la efectiva protección de las víctimas, sino también para la educación del menor.

La LORPM presta especial atención a la reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción penal cometida por el menor. El Título VIII contiene la regulación de la responsabilidad civil. Se ha establecido un procedimiento singular para el resarcimiento de daños y perjuicios, que presenta notables diferencias

frente al sistema tradicional de ejercicio de la acción civil derivada de infracción penal, lo que suscita no pocas dificultades interpretativas.

El nuevo sistema instaurado por la Ley, artículos 61 a 64, crea un singular procedimiento civil a tramitar en pieza separada ante el Juez de Menores que corre paralelo y con una pretendida independencia de la suerte del procedimiento penal y que, de otra parte, al no producir efectos de cosa juzgada material no impedirá el ulterior proceso civil ordinario ante el Juez de Primera Instancia que eventualmente pueden instar los perjudicados para la reclamación de la responsabilidad civil. La coexistencia de tales procedimientos, por un lado Expediente penal y pieza separada civil ante el Juez de Menores y, por otro, los dos posibles procedimientos civiles, uno ante el Juez de Menores en la pieza separada y otro ante el Juez de Primera Instancia, genera complejos problemas.

1. **Ámbito de la pieza de responsabilidad civil**

En este procedimiento civil, que el Juez de Menores abrirá en cuanto el Fiscal le notifique el parte de incoación del Expediente de menores (art. 16.4) o la resolución de desistimiento de incoación (art. 18), se dilucidará la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales cometidas por los sujetos a los que se les aplique el régimen de la Ley Orgánica 5/2000. No tienen cabida en este procedimiento las acciones para la reclamación de responsabilidad civil aquiliana o extracontractual.

El contenido de la responsabilidad civil se regirá por las reglas generales establecidas en los artículos 109 a 115 del CP, completadas con la previsión del artículo 61.3 respecto de la responsabilidad solidaria entre los menores de 18 años y sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 61.2 se tramitará una pieza de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados. Ello debe entenderse con independencia tanto del número de perjudicados como de partícipes en tal infracción penal. En consecuencia, en el proceso civil podrán existir varias partes activas —cuando varios hayan sido los perjudicados por tal hecho— y varias partes demandadas —cuando exista un solo sujeto activo demandado junto con sus representantes legales o incluso cuando sean varios los autores del hecho delictivo.

Ante la posible existencia de un Expediente principal seguido por la comisión de varios hechos delictivos conexos se suscita la cuestión acerca de si se incoan tantas piezas de responsabilidad civil como hechos o si se ha de incoar una sola pieza de responsabilidad civil. En favor de la primera solución parece pronunciarse el tenor literal del núm. 2 del artículo 61 que se refiere a una pieza de responsabilidad civil «por cada uno de los hechos imputados». No obstante, esta solución no puede ser acogida. Es posible efectuar una interpretación del artículo 61.2 que supere la mera literalidad. Cuando se trate de hechos delictivos conexos varios argumentos militan en favor de la apertura de una única pieza civil comprensiva de la responsabilidad civil de todos los hechos delictivos.

En primer lugar, la conexidad penal determinante de un único Expediente penal justifica asimismo la existencia de un único procedimiento civil. Basta pensar que muchas vicisitudes procesales del Expediente principal afectarían por igual a los eventuales distintos procedimientos civiles que se abrieran. En la mayoría de las ocasiones se estará ante un supuesto de acumulación de acciones de los ar-

títulos 71 y ss. LEC de 2000, máxime cuando sea el Fiscal quien ejercite la acción civil contra los mismos demandados por los diferentes hechos. Además, a la solución de único procedimiento se habría de llegar, en todo caso, en virtud de la institución de la acumulación de autos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 76.2.º LEC de 2000 (en la LEC derogada resultarían aplicables el art. 161.5.ª en relación con el art. 162 en alguno de sus apartados según los casos concretos que se contemplan, pero especialmente los apartados 4.º y 5.º).

En segundo lugar, razones de economía procesal imponen la solución que se propugna. Resultaría absurdo tramitar procedimientos separados y celebrar diferentes vistas orales civiles en las que las pruebas a practicar serían prácticamente coincidentes, lo que conllevaría inexplicables reiteraciones y consiguientes retardos.

En consecuencia, se habrá de abrir un único procedimiento civil cuando se trate de un único hecho o de varios conexos, ya existiera un único autor o varios. Todo ello, sin perjuicio de que la apertura de piezas separadas civiles independientes se estime posible cuando con ello y en atención a las circunstancias del caso concreto se facilite la ordenación del procedimiento.

Es de señalar por otra parte, que el procedimiento de responsabilidad civil ante el Juez de Menores no se seguirá cuando los hechos hubieren sido cometidos por menores de 14 años. En tales casos, regulados en el artículo 3 de la Ley, los perjudicados habrán de ejercitar la acción civil contra tales menores y sus representantes ante la jurisdicción civil. No obstante, cuando la acción tienda a exigir la responsabilidad de la Administración con fundamento en la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores derivada de los actos de los menores a su cargo, el conocimiento de tales pretensiones compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 2, apartado e), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

De otra parte, si el hecho se hubiere cometido por un joven, mayor de 18 y menor de 21 años, sólo se podrá seguir el procedimiento civil ante el Juez de Menores cuando, a tenor del artículo 4, se acordare la aplicación de esta Ley. No obstante, es particularmente importante señalar que, conforme al artículo 61.3, no se dará la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, y demás personas mencionadas en el precepto, sino que se aplicarán las disposiciones generales del CP y LECrim (en concreto, arts. 120 y concordantes del CP). La razón es bien sencilla: el contenido de la responsabilidad civil y la determinación de las personas responsables no varían por el hecho de que se aplique la jurisdicción penal ordinaria o la de menores a los jóvenes que cometieran alguna infracción penal.

2. Intervención y legitimación del Ministerio Fiscal

En la jurisdicción penal, a tenor de los artículos 108 y concordantes LECrim, el Fiscal ejercita la acción civil derivada de delito, salvo renuncia o reserva del perjudicado, en el propio proceso penal conjuntamente con la acción penal y con independencia de que el perjudicado la ejercite por sí —como acusador particular o como actor civil— o no haga uso de tal facultad.

El sistema instaurado por la LORPM difiere notablemente de la regla general expuesta. En el artículo 61.1 se confiere al Ministerio Fiscal una legitimación activa cuya naturaleza es subsidiaria por hallarse supeditada a la decisión del propio perjudicado acerca de la renuncia, reserva e incluso ejercicio por sí mismo de la acción civil. El Fiscal no intervendrá en la pieza separada de responsabilidad civil, ni consiguientemente en la fase de ejecución de la sentencia, en los supuestos en que se produzca el ejercicio, la reserva o la renuncia por el perjudicado.

Hemos de examinar seguidamente en qué supuestos y bajo qué condiciones está prevista la intervención del Fiscal en el procedimiento civil ante el Juez de Menores.

2. A) SUPUESTOS EN LOS QUE EL FISCAL NO INTERVIENE, EJERCITANDO LA ACCIÓN CIVIL, EN LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

a) *Renuncia de la acción civil por el perjudicado*

La renuncia no presenta ninguna especialidad, rigiéndose por las reglas generales. Consecuentemente, podrá ser manifestada por el perjudicado en cualquier momento, antes del inicio o durante la tramitación del procedimiento.

Si la renuncia del perjudicado se produjera una vez ejercitada la acción civil por el Fiscal en el proceso ante el Juez de Menores, tal acto determinaría la extinción de dicha acción y la conclusión de la pieza separada de responsabilidad civil a petición del Ministerio Público (art. 20.1 LEC de 2000).

La renuncia impedirá también el ulterior seguimiento de proceso civil ante la jurisdicción civil.

b) *Reserva de la acción civil por el perjudicado para ejercitarla por el procedimiento ordinario civil que corresponda ante la jurisdicción civil*

La manifestación de voluntad del perjudicado expresando la reserva de la acción, cuando recayere dentro del plazo conferido al perjudicado en el artículo 61, determinará *ab initio* la falta de legitimación activa del Fiscal.

Ahora bien, hemos de plantear la eficacia de la reserva manifestada una vez transcurrido dicho plazo y, por ende, pudiendo haber formulado demanda el Fiscal en el proceso civil ante el Juez de Menores o incluso en algún momento posterior del procedimiento. En tales casos, el Fiscal deberá desistir de la acción civil e instar la conclusión del proceso civil a tenor del artículo 20.2 LEC de 2000. Con arreglo a este precepto si el demandado ya hubiere sido emplazado para contestar a la demanda el Juez de Menores habrá de darle traslado por plazo de 10 días para que manifieste su conformidad o no oposición al desistimiento, en cuyo caso el Juez dictará auto de sobreseimiento. En otro caso el Juez adoptará la decisión que proceda, pudiendo acordar la continuación del juicio civil a tenor del párrafo último del artículo 20.3 LEC de 2000.

Abona esta postura el tenor del artículo 61.1 que únicamente anuda el plazo de un mes al supuesto de ejercicio de la acción civil por el perjudicado, pero no establece plazo alguno para la renuncia ni para la reserva, lo cual obliga a acudir al régimen del citado artículo 20 LEC.

Cierto es que la decisión del Juez de Menores acordando la continuación del proceso civil ante la formulación de reserva por el perjudicado que no fuere aceptada por el demandado, resulta un tanto incongruente con la no producción de efecto de cosa juzgada material (art. 64.10) de la sentencia que dicte el Juez de Menores, en tanto que pese a dicha sentencia el perjudicado podrá verse nuevamente sujeto al pleito civil que ante el Juez de Primera Instancia pudiera entablar el perjudicado. En dicho proceso ante el Juez de Primera Instancia no será parte el Fiscal.

c) *Ejercicio de la acción civil ante el Juez de Menores por el perjudicado*

Al perjudicado habrá de serle notificada por el Juzgado la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil. En dicha notificación se le informará de sus derechos a renunciar, reservarse o ejercitar por sí mismo la acción, con indicación de que fuera de tales casos será el Ministerio Fiscal quien proceda al ejercicio de la acción. La notificación contendrá la expresión de que para el ejercicio por sí mismo de la acción civil deberá personarse en la pieza, dentro del plazo máximo de un mes cuya fecha final le habrá de ser indicada en la notificación, mediante un escrito de personación en el que haga constar las personas que considere responsables de los hechos cometidos y contra las que pretenda reclamar.

El escrito del perjudicado personándose en plazo a efectos del ejercicio por sí de la acción civil produce un importantísimo efecto respecto del Ministerio Fiscal: implica la no intervención del Fiscal en dicha pieza. Así se desprende del artículo 61.1 de la Ley, que impone al Fiscal el ejercicio de la acción civil «salvo» que el perjudicado «la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes...». Ciertamente el escrito de personación que presenta el perjudicado, aunque posteriormente dejare transcurrir el plazo de 10 días que se le confiere para presentar demanda, es determinante de la no intervención del Fiscal en el proceso civil.

2. B) SUPUESTOS EN LOS QUE EL FISCAL EJERCITA LA ACCIÓN CIVIL EN LA PIEZA SEPARADA ANTE EL JUEZ DE MENORES

Es muy importante que en la notificación que se haga a los perjudicados, bien por el Juzgado (art. 64.1) o por la Fiscalía (art. 22.3), se evite incurrir en una fórmula meramente ritual. Por contra, se ha de procurar obtener del perjudicado una respuesta clara en orden a si ejercitará por si la acción, si la renuncia o si se la reserva. En la respuesta del perjudicado debe cuidarse de que exprese si tiene interés en que el Fiscal ejercite la acción civil o si, pese a no ejercitarla por si mismo ni renunciarla, no tiene interés en que el Fiscal siga el procedimiento civil, lo cual equivale a la reserva. En este caso, el Fiscal carecería de legitimación activa. La indagación del perjudicado es esencial, por tanto, para evitar procesos civiles a instancias del Fiscal cuyo carácter innecesario hubiera podido fácilmente ser detectado con una correcta indagación de la voluntad del perjudicado.

Fuera de los casos señalados en el apartado anterior (ejercicio de la acción civil por el propio perjudicado ante el Juez de Menores, renuncia y reserva) el Fiscal ejercitará la acción civil en la pieza separada de responsabilidad civil ante el Juez de Menores. Así se desprende del artículo 61.1 de la Ley. La legitimación del Fis-

cal es de *carácter subsidiario*: interviene en defecto de que lo haga el propio perjudicado o manifieste su reserva para ejercitar la acción o su renuncia.

Si el escrito de personación del perjudicado, expresando su intención de ejercitar la acción, se presentare fuera del plazo de un mes referido en el artículo 61.1, habrá de ser inadmitido por el Juez. En tal caso, el Fiscal será quien ejercite la acción civil en la pieza separada. El perjudicado, habida cuenta del transcurso del plazo preclusivo, no podrá intervenir en el proceso civil seguido ante el Juez de Menores, sin perjuicio de su derecho tanto a decidir la conclusión del proceso civil ante el Juez de Menores, lo que tendría lugar si renuncia a la acción o se la reserva, cuanto a entablar la acción civil ante la jurisdicción civil una vez finalizado el proceso civil ante el Juez de Menores, habida cuenta de la falta de efecto de cosa juzgada material de la sentencia civil dictada por el Juez de Menores.

En casos de existencia de varios perjudicados el Fiscal ejercerá la acción civil sólo respecto de aquellos quienes no la ejercitaren por sí, o no la hubieren reservado o renunciado.

3. Algunas cuestiones acerca de la tramitación de la pieza de responsabilidad civil

3. A) APERTURA DE LA PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Debe comenzar señalándose que en el proceso civil ante el Juez de Menores se distinguen inicialmente dos momentos: de un lado, la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.1.^ª), y, de otra parte, el inicio del procedimiento (art. 61.4.^ª). En la primera fase, a la que se dedica este apartado, el Juez de Menores ha de llevar a cabo una serie de actuaciones tendentes a establecer cuáles son las partes que van a intervenir como actoras y como demandadas. La segunda fase comienza con el auto de iniciación del procedimiento, que indica la identidad de tales partes y, al tiempo, confiere a los demandantes un plazo de 10 días para ejercitar la acción civil formulando demanda.

No se abrirá el procedimiento civil ante el Juez de Menores en todos aquellos casos en los que el Fiscal mantenga la investigación en el seno de las Diligencias preliminares del artículo 16.2. El Fiscal impedirá la apertura de la pieza civil en aquellos casos en que, conforme al artículo 16.2, acuerde la inadmisión a trámite de la denuncia, así como el archivo de las Diligencias Preliminares por no revestir los hechos caracteres de infracción penal o por no ser el autor conocido.

La pieza civil sólo se incoará cuando tales Diligencias Preliminares concluyan bien mediante resolución del Fiscal acordando que se transformen en Expediente de menores o bien expresando que se desiste –art. 18– de tal incoación.

Es importante que en los casos en que el hecho no lleve aparejada responsabilidad civil el Fiscal lo haga constar en el parte de incoación o en la resolución de desistimiento expresamente, a fin de evitar que el Juez proceda a la apertura de piezas separadas civiles que carezcan *ab initio* de objeto procesal.

El Juez de Menores abrirá la pieza de responsabilidad civil en cuanto le sea comunicado por el Fiscal el parte de incoación del Expediente (art. 16, apartados 3 y 4, y art. 64.1) o la decisión de desistimiento de la incoación (art. 18).

Dicho parte de incoación, que ha de ser remitido por el Fiscal al Juzgado, deberá contener datos suficientes para posibilitar la actuación del Juez. No basta con

un parte expresivo del número de procedimiento y de la persona imputada. Por el contrario, se habrán de indicar en el parte cuantas circunstancias consten en relación con la responsabilidad civil: descripción del hecho, pudiendo a tal efecto adjuntarse copia de la denuncia o del atestado; indicación de los intervinientes menores y de sus guardadores, así como de los perjudicados, haciendo constar sus nombres y apellidos, fecha de nacimiento, DNI, domicilio y cuantos datos identificativos obren en el Expediente; e igualmente testimonio de las notificaciones a los perjudicados que hubiere efectuado el Fiscal al amparo del artículo 21.3 de la Ley.

Asimismo, según se señaló anteriormente, cuando el Fiscal desista de la incoación del Expediente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18, deberá, no obstante, remitir al Juez copia del Decreto o de la resolución en la cual acuerde el desistimiento de la incoación, expresiva de todas aquellas circunstancias que permitan la tramitación del proceso civil. En tal caso, por imperativo del inciso final del párrafo 1 del artículo 18, la pieza de responsabilidad civil habrá de tramitarse. La resolución de desistimiento dictada por el Fiscal se entenderá como una de las «resoluciones definitivas» a que se refiere el artículo 64.8.^a, por lo que el procedimiento de responsabilidad civil se tramitará sin esperar ni depender en nada del Expediente principal que, por decisión del Fiscal, no llegó a incoarse.

3. B) PLAZO PARA LA PERSONACIÓN POR LOS PARTICULARES A FIN DE EJERCITAR POR SÍ MISMOS LA ACCIÓN CIVIL

Conforme dispone el artículo 61 los perjudicados podrán ejercitar por sí la acción civil si dentro del plazo preclusivo de un mes a contar desde la notificación de la apertura de la pieza separada se personaren. Por su parte, el artículo 64 no señala la duración del citado plazo y establece que el Juez notificará a los perjudicados su derecho a ser parte y les fijará el «plazo límite para el ejercicio de la acción».

Surge, pues, la cuestión de si el Juez puede establecer en la notificación a los perjudicados un plazo de duración distinta a la de un mes.

Nada obsta a que, en atención a las circunstancias concurrentes, el Juez pueda establecer un plazo de duración superior. Pero debe negarse, en virtud del principio *pro actione*, la posibilidad de que se señalen plazos inferiores al del mes que preconiza el artículo 61.

El transcurso del plazo marcará el momento último para la posible personación de los perjudicados, tal como se señaló *supra*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los perjudicados que no hayan sido notificados de la apertura de la pieza debe entenderse que podrán personarse en cualquier momento hasta la fase de audiencia inclusive, transcurrida la cual y pendiente únicamente la sentencia sólo les quedará el derecho de acudir a la vía civil ordinaria.

3. C) ESCRITOS DE PERSONACIÓN Y AUTO DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Los perjudicados que pretendan ejercitar la acción civil (lo que se articula mediante demanda) habrán de presentar previamente un escrito de personación que, al menos, contendrá indicación genérica de las personas contra las que se pretenda dirigir la acción civil.

El Juez, transcurrido el plazo conferido para la personación, háyanse presentado o no escritos de personación, dictará auto acordando el inicio del procedimiento y señalando las partes intervinientes actoras y demandadas.

Contra el auto del Juez inadmitiendo la personación de alguien como perjudicado podrá interponerse recurso que, a tenor del artículo 41, será de reforma y ulterior queja.

El Juez, cuando no se haya personado o no conste la renuncia o la reserva de la acción de todos los perjudicados, incluirá en el auto al Fiscal como parte actora. Ello es conforme con la legitimación activa subsidiaria del Fiscal en este procedimiento civil.

El Fiscal, por ello, no necesita presentar escrito de personación en la pieza de responsabilidad civil, sin perjuicio de que nada impide que pueda hacerlo en aquellos supuestos en que conozca previamente —por resultar de la notificación a los perjudicados de sus derechos según el art. 21— datos que afirmen su legitimación activa.

Ahora bien, al Fiscal habrá de serle notificado, en todo caso, el auto del Juez de Menores acordando el inicio del procedimiento y fijando las partes actoras y demandadas. La procedencia de tal notificación resulta evidente cuando el Fiscal figure entre las partes actoras, pues a partir de ahí se contará el plazo de 10 días para formular el escrito de demanda. Ahora bien, el contenido de dicho auto, en el que, en definitiva, consta si ha habido o no renuncia, reserva o personación para ejercicio por sí de la acción civil por los perjudicados, conviene que sea conocido por el Fiscal, incluso aun cuando el resultado sea su no intervención en el proceso civil; conocimiento que interesa desde una doble perspectiva: tanto para que el Fiscal pueda controlar efectivamente las circunstancias que determinan su falta de legitimación en la pieza de responsabilidad civil, como para que en el Expediente penal consten, por tratarse de datos de interés en todo caso, cuál sea la postura del perjudicado ante la acción civil, interesando se lleve testimonio de dicho auto al Expediente penal.

3. D) VALORACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL POR EL FISCAL. DESISTIMIENTO

Pese a que en el Expediente sancionador se confieren al Fiscal, como manifestaciones del principio de oportunidad, amplios márgenes de decisión para no incoar o para desistir del Expediente ya incoado, por contra, en la pieza de responsabilidad civil no hay mención alguna de atribución al Fiscal de facultades discrecionales que le permitan decidir, una vez establecido su carácter de parte interviniente, acerca del ejercicio o no de la acción civil. El artículo 61 señala que el Fiscal «ejercitará» la acción si se dan los presupuestos para ello. La Ley no contiene ninguna norma que permita al Fiscal adoptar discrecionalmente la decisión de no ejercicio de la acción civil, ya sea so pretexto de que el perjudicado podía haberse personado y no lo hizo voluntariamente, o de que siempre le queda la posibilidad de acudir a la vía civil ordinaria o, finalmente, de que no se verá definitivamente afectado por la decisión civil del Juez de Menores al carecer ésta de eficacia de cosa juzgada.

Por ello, el Fiscal habrá de ejercitar la acción civil cuando se den los presupuestos para ello. Ahora bien, esto no implica que en todo caso, automáticamente,

el Fiscal haya de formular demanda necesariamente, ni que imperativamente deba instar la sentencia estimatoria de la reclamación civil. Caben supuestos de crisis procesal en los que el Fiscal, como parte legitimada activamente, no sólo puede sino que debe, en el curso del proceso civil ante el Juez de Menores, interesar la conclusión del proceso ya sea no formulando demanda o desistiendo de la ya formulada. Es tarea del Ministerio Fiscal la de impulsar y procurar la reparación civil de la víctima y, al tiempo, la de evitar la iniciación o continuación de litigios civiles innecesarios.

En este sentido, y sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que el Fiscal debe o puede no entablar la demanda o desistir de la acción civil entablada en atención a las siguientes circunstancias:

a) *Sobreseimiento libre del Expediente*

Cuando en el Expediente de menores se hubiere interesado por el Fiscal o acordado por el Juez el sobreseimiento libre por no constituir los hechos infracción penal o por estar acreditada la no producción de los hechos, el Fiscal habrá de desistir del ejercicio de la acción civil.

La improsperabilidad de la acción civil, que por definición deriva de la comisión de una infracción penal, resulta palmaria cuando se niega, con los efectos propios de un sobreseimiento libre, el hecho mismo, su carácter de infracción penal o la participación del menor. En tales casos, ante la declaración con efectos de cosa juzgada material de la inexistencia de infracción penal atribuible al menor, resulta obligada la conclusión de la pieza de responsabilidad civil.

Aun más, aunque la cuestión no sea en modo alguno pacífica: si el auto de sobreseimiento libre declarara probado que el hecho no se produjo, el cierre del proceso civil no sólo alcanza a la pieza seguida ante el Juez de Menores sino también al proceso civil ordinario ante la jurisdicción civil (en este sentido, art. 116 LE-Crim).

b) *Sobreseimiento provisional del Expediente*

Si se acordare el sobreseimiento provisional por no resultar suficientemente acreditada la producción del hecho o por no estar acreditada suficientemente la participación del menor, aunque, a diferencia del sobreseimiento libre, es posible teóricamente una valoración por el Juez de Menores de la prueba a practicar en la audiencia civil que permitiera la estimación de la demanda, ha de tenerse en cuenta que es más que probable que el Fiscal, en atención a lo actuado, desista del ejercicio de la acción civil. Para ello, o no formulará demanda o si ya la hubiere formulado podrá presentar escrito de desistimiento de la acción civil que desencadene la crisis procesal y conclusión del proceso civil (art. 22 LEC).

c) *Sobreseimiento del Expediente por conciliación o acuerdo de reparación*

El sobreseimiento del Expediente, regulado en el artículo 19, por conciliación o por reparación entre el menor y la víctima, no implicará necesaria ni automáti-

camente la conclusión de la pieza de responsabilidad civil. De hecho, la conciliación –cuyo contenido procura esencialmente la satisfacción psicológica del perjudicado– y la reparación –que incide en el compromiso asumido por el menor de restauración del daño causado– no siempre alcanzarán a todo el posible contenido de la responsabilidad civil que pudiera reclamarse.

No obstante, es perfectamente posible que la actividad de mediación efectuada en ambas figuras –conciliación y, más frecuentemente, reparación– implique en algunos supuestos el cumplimiento por el menor de la satisfacción íntegra de la responsabilidad civil del perjudicado, supuesto éste en el que nada impide, antes al contrario determinará, que el Fiscal interese la conclusión del proceso civil por carecer sobrevenidamente de objeto a tenor del artículo 22 LEC.

En todo caso, de seguirse la pieza de responsabilidad civil en estos supuestos de sobreseimiento provisional el Juez de Menores habrá de pronunciarse en la sentencia, a los solos efectos prejudiciales, acerca de la existencia de la infracción criminal que sustenta la responsabilidad civil objeto de condena.

d) *Posible valoración por el Fiscal de determinadas circunstancias relativas al contenido de la responsabilidad civil*

En determinados casos, fundamentalmente ante el manifiesto desinterés expreso o tácito del perjudicado por la reclamación, o en supuestos de manifiesta insolvencia del menor y ausencia de cualquier otra persona que pueda responder solidariamente con él, o incluso de ínfima cuantía de los daños causados, también ha de afirmarse y permitirse que el Fiscal, convenientemente valoradas aquellas circunstancias, desista del ejercicio de la acción civil. No puede afirmarse, por ser contrario al principio de economía procesal, la obligatoriedad del Fiscal en la obtención a toda costa de un título de ejecución de la responsabilidad civil cuando determinadas circunstancias –desinterés del perjudicado, ínfima cuantía, insolvencia, etc.– hagan patente la inutilidad del ejercicio de la acción civil. A este razonamiento cabe agregar la inexistencia del efecto de cosa juzgada de la sentencia civil y, en definitiva, el mantenimiento de la posibilidad de ejercicio de la acción civil en manos del perjudicado.

En todos estos supuestos de los cuatro anteriores apartados, en que la petición del Fiscal implica la conclusión del proceso civil sin sentencia, nos encontramos realmente ante casos de no ejercicio de la acción o de desistimiento de la acción ya entablada por el Fiscal y no ante supuestos de renuncia del derecho, habida cuenta de que al ostentar el Fiscal una legitimación activa subsidiaria y carecer de efectos de cosa juzgada el pronunciamiento del Juez de Menores, siempre queda viva la acción civil para que el perjudicado pueda ejercitarla ante la jurisdicción civil.

3. E) DEMANDA

El Fiscal formulará la demanda en los diez días siguientes a la notificación del auto de inicio del procedimiento.

La demanda no podrá alcanzar a los copartícipes del hecho cometido por el menor que fueren mayores de 21 años o mayores de 18 a los que no se les aplique las reglas de esta Ley.

Cuando hubiere varios perjudicados la demanda se limitará a solicitar la responsabilidad de aquellos que no hubieren renunciado o reservado la acción civil o que no hubieren presentado escrito de personación.

3. F) EFECTO SUSPENSIVO DEL EXPEDIENTE PENAL SOBRE LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La coexistencia del Expediente penal y de la pieza separada civil ante el Juez de Menores puede suscitar problemas de prejudicialidad.

La pieza separada civil cabe que se tramite paralelamente y sin esperar a las actuaciones que se practiquen en el Expediente penal. Es posible que la vista oral civil se realice antes de la audiencia penal, tal y como se deduce del artículo 64.6.^a, que establece que el Juez de Menores convocará «inmediatamente que tenga en su poder los escritos» de demanda y contestación a la vista civil.

Ahora bien, conforme al artículo 64.8.^a, celebrada la vista civil el Juez de Menores habrá de esperar a dictar sentencia a la celebración de la audiencia en el Expediente penal y a que recaiga sentencia u otra resolución definitiva. Existe, pues, una suerte de prejudicialidad, siquiera mínima, pero determinante de que el pronunciamiento de la sentencia civil (no así las fases anteriores) deba esperar a la finalización del Expediente penal. Ello resulta lógico para evitar que se produzca una disparidad insalvable otorgando en sentencia civil una responsabilidad civil derivada de una infracción penal, cuya comisión o producción la sentencia penal negare.

Con base en lo anterior, y a fin además de evitar una duplicidad de actuaciones y procurar la simplificación del procedimiento, parece razonable que el Fiscal acompe su actuación penal a la que siga en el Expediente civil, de modo tal que, en aras del principio de economía procesal y para evitar disparidades infranqueables entre los pronunciamientos del Juez de Menores de carácter penal y los de orden civil, formule demanda sobre la base del escrito de alegaciones penal y, por otra parte, trate de hacer coincidir sucesivamente y sin solución de continuidad la audiencia penal y la vista oral civil, lo que supondría la evitación de duplicidad de citaciones y comparecencias al menor, representantes, testigos y demás intervinientes. De hecho, las pruebas que se practiquen en la audiencia penal servirán vía testimonio en muchos casos para la pieza civil, sin que parezca razonable duplicar éstas.

4. Proceso civil ante la jurisdicción ordinaria

Se haya seguido o no proceso civil ante el Juez de Menores, al no producir éste efectos de cosa juzgada material (art. 64.10.^a), nada impide que los perjudicados puedan iniciar un ulterior proceso civil ordinario ante el Juez de Primera Instancia para la reclamación de la responsabilidad civil.

La coexistencia de estos dos posibles procedimientos civiles, uno ante el Juez de Menores en la pieza separada y otro ante el Juez de Primera Instancia, genera complejos problemas de prejudicialidad y de cómputo de plazos para la prescripción de acciones.

El proceso civil ante la jurisdicción ordinaria no podrá entablarse antes de la conclusión tanto del Expediente penal de menores como, en su caso, del proceso

civil ante el Juez de Menores. Por ello, las sentencias penal y civil del Juez de Menores habrán de notificarse a los perjudicados, dando lugar la última de tales notificaciones al inicio del cómputo de prescripción de la acción civil.

La acción a ejercitar ante el Juez de primera instancia prescribirá a los 15 años si fuere derivada de infracción penal (a excepción de la derivada de los delitos de calumnia e injurias que será de un año por disposición expresa del art. 1968.2 CC). Si fuere derivada de culpa extracontractual, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que en el Expediente penal no haya resultado acreditada la comisión de infracción penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento), el plazo de prescripción será el de un año (art. 1968.2 CC).

Además, en el juicio civil se reputarán hechos probados (efecto positivo o perjudicial de la cosa juzgada) los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados y la participación del menor. Esos hechos acreditados, a que se refiere el artículo 64.10.ª, lo son los de la sentencia penal del Juez de Menores y no los de la civil, habida cuenta de que ésta no goza de fuerza de cosa juzgada y del principio de verdad formal y no material que impera en la jurisdicción civil.

XIII. RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición transitoria única de la LORPM regula el régimen transitorio de la Ley en seis apartados que tratan de dar respuesta a los problemas que la sucesión temporal de la norma plantea en relación con tres situaciones procesales previas: los procesos de reforma de menores incoados bajo la vigencia de la anterior Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, los procesos penales de adultos no concluidos por Sentencia firme a la entrada en vigor de la nueva Ley, y los procesos penales de adultos concluidos por Sentencia firme condenatoria, los cuales plantean un problema específico de revisión de las penas impuestas a quienes delinquieron durante su minoría de edad, pero cumplidos los 16 años.

1. Procedimientos de reforma de menores incoados con arreglo a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio

El apartado 1 de la disposición transitoria única de la Ley proroga la vigencia de la derogada Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, para todos aquellos hechos que se hubiesen cometido con anterioridad a su entrada en vigor. Esto significa que los procedimientos de reforma incoados antes del día 14 de enero del 2001, o pendientes de incoación por hechos cometidos antes de dicha fecha, se regirán por la Ley anterior y que las medidas impuestas en los mismos se ejecutarán conforme a las previsiones contenidas en dicha Ley.

Esta prórroga general de la vigencia de la Ley sólo conoce la excepción recogida en el apartado 2 de la disposición transitoria: las medidas de reforma que estuvieren cumpliendo a la entrada en vigor de la Ley personas menores de 14 años se alzarán, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades.

La literalidad del precepto debe ser corregida de acuerdo con su evidente finalidad: también habrá de declararse extinguida la responsabilidad de aquellos que, siendo mayores de 14 años a la entrada en vigor de la Ley, estén cumpliendo o se

hallen a la espera del cumplimiento de una medida impuesta por hechos cometidos antes de los 14 años de edad, pues la nueva Ley declara irresponsables penalmente, sin excepción, a todos los menores de 14 años y prohíbe toda intervención sobre los mismos que no sea de carácter exclusivamente tuitivo (art. 3), determinando con su entrada en vigor la atipicidad sobrevenida de tales conductas. lo que obliga a su incondicionada aplicación retroactiva.

2. Revisión de condenas impuestas en el ámbito de la jurisdicción penal de adultos.

Los apartados 3, 4 y 5 abordan, sin la aconsejable separación conceptual, los aspectos procedimentales y de fondo implicados en la revisión de las sentencias condenatorias dictadas por los órganos de la jurisdicción penal de adultos contra menores de edad. Entendemos que la claridad expositiva y la lógica sistemática demandan un tratamiento separado.

2. A) EL INCIDENTE DE REVISIÓN

Desde el punto de vista procedimental la regulación legal presenta importantes peculiaridades en lo que se refiere a la legitimación activa para instar la incoación del incidente y a la competencia objetiva para su enjuiciamiento.

En relación con el primer punto, la legitimación activa para instar la revisión la posee en régimen de aparente exclusividad el Fiscal, pues siguiendo la letra de la Ley la sustitución de pena por medida educativa se verificará por el Juez de Menores «a instancia del Ministerio Fiscal», según el apartado 3, o «a petición del Ministerio Fiscal» según el apartado 4.

Esta atribución de la iniciativa al Ministerio Fiscal plantea una primera cuestión de gran relieve referida al ámbito de discrecionalidad de que goza el mismo para instar o no la revisión. A este respecto hay que partir de la evidencia de que la LORPM instaura un sistema específico y autónomo de exigencia de responsabilidad penal que resulta en conjunto más favorable para el reo, y que el elenco de medidas educativo-sancionadoras previsto en la misma es por su propia naturaleza y finalidad, por su flexibilidad y por las condiciones de su cumplimiento, beneficioso en comparación con el sistema general de penas establecido en el CP y con el sistema de ejecución penitenciaria regulado en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

La fuerza expansiva que se ha de atribuir al principio general de retroactividad favorable que el artículo 2.2 CP DE 1995 aplica a todas las leyes de naturaleza penal —y la LORPM desde luego lo es—, su virtualidad informadora, vincula la interpretación de los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria única e impone como necesidad la revisión sistemática de todas las penas en fase de ejecución o pendientes de cumplimiento y su sustitución por medidas de corte educativo en los términos previstos en la propia Ley.

Por lo tanto, aunque la disposición transitoria única en su apartado 3 prevea en su literalidad que la sustitución de las penas por medidas se verificará siempre a instancia del Fiscal, y en su apartado 4 a petición del Fiscal, hay que entender que éste no goza de genuina discrecionalidad para optar por la no revisión y que en

todo caso ha de solicitar la sustitución y poner en marcha el Incidente de Revisión, pues a partir de la entrada en vigor de esta Ley ningún infractor menor de edad debe verse sometido al sistema penal y penitenciario de adultos, con la sola excepción, expresamente enunciada en la norma, de quienes hubieran ya cumplido los 23 años de edad –art. 15 LORPM.

En cuanto a la competencia objetiva para el conocimiento del incidente los apartados 4 y 5 la atribuyen al Juez de Menores, encomendando así el juicio de revisión de las condenas a un órgano jurisdiccional diferente del sentenciador.

Procedimentalmente el Juez o Tribunal sentenciador en el que se halla radicada la correspondiente ejecutoria dará traslado de la misma y de la liquidación provisional de las penas al Fiscal –apartado 3, *in fine*–, el cual a su vez evacuará su dictamen ante el Juez de Menores correspondiente a dicha demarcación, determinándose así la competencia territorial de la jurisdicción de menores en el conocimiento de los Incidentes de Revisión en función del lugar que sea sede del Juez o Tribunal sentenciador.

Desde el punto de vista de la organización interna de la Fiscalía, no tiene por qué ser necesariamente la Sección de Menores la encargada de despachar todos los Incidentes de Revisión. Los Jefes de cada Fiscalía dispondrán lo oportuno en cuanto a la atribución del despacho de los asuntos en función de las disponibilidades de personal de cada Fiscalía. En principio, serán los Fiscales encargados del despacho de las ejecutorias de cada Juzgado o Tribunal quienes dictaminarán sobre la revisión de las penas, sin perjuicio de atender a una adecuada comunicación interna con la correspondiente Sección de Menores con el fin de recabar criterios unitarios y eficaces para la óptima resolución de los Incidentes.

En relación con los condenados que se hallaren cumpliendo la pena en centro penitenciario, los Sres. Fiscales deberán tomar la iniciativa y reclamar de los Juzgados y Tribunales el envío de la ejecutoria y de la liquidación provisional con el fin de formar su criterio en materia de revisión con una cierta anticipación a la entrada en vigor de la LORPM para poder de este modo solicitar y obtener de los órganos judiciales sentenciadores la acomodación de la situación personal de los reos.

La Ley no prevé que el Juez o Tribunal sentenciador adjunte el informe del Equipo Técnico incorporado al proceso penal por imperativo de la disposición transitoria duodécima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, omisión que no debe ser óbice para que los Fiscales recaben en todo caso la remisión del mismo, pues el conocimiento de su contenido puede resultar sumamente útil en la decisión del incidente.

Tampoco se prevé que los centros penitenciarios comuniquen a las Fiscalías las liquidaciones penitenciarias de las penas de prisión impuestas por hechos cometidos por menores de edad. Los Fiscales también recabarán estos informes, pues necesitan conocer en relación con los reos que rinden condena en prisión el período extinguido a la fecha de entrada en vigor de la Ley y el período pendiente de cumplimiento efectivo con el fin de acomodar sus solicitudes de revisión a los presupuestos de los apartados 3 y 4 según que el tiempo pendiente de prisión sea de dos o más años o inferior a dos años y con el fin de contar con la información necesaria respecto de los períodos de condena ya extinguidos que deben ser descontados del plazo de duración de la medida.

La liquidación penitenciaria referirá por separado cada una de las condenas pendientes, y detallará la porción de pena ya extinguida por cumplimiento efecti-

vo, abono de prisión preventiva, redención o indulto parcial. No se precisa sin embargo que se anticipe el cálculo de la redención futura, pues el dato legalmente relevante es el de la pena pendiente de cumplimiento a la fecha de la entrada en vigor de la LORPM, con independencia de la extensión efectiva que dicha pena hubiera de tener después por razón de la redención que eventualmente pudiera ganarse en fechas posteriores.

En lo que se refiere al desarrollo del procedimiento de revisión y a las partes intervinientes, los apartados 3 y 4 plantean ciertas dudas que deben ser aclaradas por medio de una interpretación de la norma ajustada a las evidentes necesidades de contradicción y defensa que todo proceso penal debe satisfacer.

Así, el apartado 3, para las penas de prisión de dos o más años de duración, no prevé que se dé audiencia al sentenciado, ni a su representante legal si es menor de edad, ni a su Letrado, a diferencia de lo que ocurre en el apartado 4 para las penas de prisión de menos de dos años y para las penas diferentes de la prisión o de distinta clase.

En sentido inverso, el apartado 4 no exige ni prevé siquiera el informe del Equipo Técnico, frente a lo dispuesto en el apartado 3, que sí lo prevé.

Ante estas aparentes incongruencias en el diseño del trámite procedimental aplicable a los Incidentes de Revisión de condenas, se impone la formulación de dos tipos de consideraciones:

En primer término, que no es oportuno ni razonable articular procedimientos de revisión diferentes en función de la clase y duración de las penas que se revisan, y menos prever un trámite más garantista y respetuoso con las exigencias dimanantes del principio de defensa y contradicción, mediante la participación activa del Letrado del reo y del propio reo, precisamente en el procedimiento de revisión de las penas de menor entidad (apartado 4). La interpretación racional y sistemática del contenido de la disposición transitoria demanda la integración de los trámites previstos en los apartados 3 y 4 en un mismo procedimiento, por lo que la audiencia previa del Letrado, del sentenciado y si es el caso de su representante legal, la entenderemos también preceptiva en los supuestos del apartado 3.

A este respecto hay que matizar que aunque la Ley habla de Letrado del menor, y de representante legal del mismo, no podemos olvidar que quien a la entrada en vigor de la nueva Ley se halla pendiente de cumplimiento de la pena impuesta por hechos cometidos durante su minoría de edad puede ser perfectamente un mayor de edad, o hallarse emancipado. Tampoco hay que perder de vista que puede no disponer de asistencia letrada, por lo que habría de designársele, en su caso, Abogado de oficio, a poder ser del turno de especialistas en menores.

La disposición transitoria no contempla la personación en el Incidente de Revisión, ni siquiera la mera audiencia, del ofendido o perjudicado por el delito que se hubiera personado como acusación particular en el previo proceso penal, por lo que habrá de entenderse excluida su participación. Obviamente tampoco participarán quienes hubieran ejercido la acción popular.

En segundo lugar, y en lo que se refiere a la intervención del Equipo Técnico en el Incidente de Revisión, tras la incorporación al mismo del informe en su día emitido en el proceso penal en aplicación de la disposición transitoria decimosegunda de la Ley Orgánica 10/1995, los Fiscales podrán reclamar un nuevo informe actualizado si lo consideran necesario para formar su criterio antes de evacuar su dictamen. El informe de la correspondiente entidad pública de reforma o protección puede servir de complemento a la información recabada en la medida en que

el sentenciado haya sido explorado y atendido con anterioridad en dichas instituciones o en la medida en que puede suministrar información relevante sobre los recursos que al efecto tiene disponibles la comunidad para aplicar una adecuada intervención educativa al reo.

Las decisiones del Juez de Menores se adoptarán en forma de auto recurrible directamente en apelación, en el plazo de cinco días hábiles, ante la Sección de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Hay que entender que el recurso de apelación se tramitará conforme al artículo 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de acuerdo con la previsión de aplicación subsidiaria de las normas reguladoras del procedimiento abreviado (disposición final primera de la LORPM).

El auto judicial de revisión será puesto en conocimiento del Juez o Tribunal sentenciador y de la entidad pública de reforma que haya de hacerse cargo de la ejecución de la medida.

2. B) CRITERIOS DE FONDO

En cuanto a los criterios de fondo aplicables a la revisión de condenas, los apartados 3 y 4 distinguen dos supuestos: el que plantean las penas de prisión que a la entrada en vigor de la LORPM tengan pendientes de extinción un período igual o superior a dos años, y el que plantean las penas de prisión que no se hallen en dicha circunstancia y cualesquiera otras penas distintas de la prisión.

Las penas de prisión que tengan pendiente de cumplimiento un período de dos o más años al entrar en vigor la LORPM podrán ser sustituidas por cualquiera de las medidas previstas en el artículo 7 de la misma. Se ha de considerar con la debida atención que lo que determina la inclusión de la pena de prisión en el apartado 3 de la disposición transitoria no es la duración de la pena en sí tal y como aparece fijada en sentencia, sino la parte de pena pendiente de cumplimiento al entrar en vigor la LORPM, pues si la pena de prisión impuesta en sentencia fuera de duración igual o superior a dos años, pero el reo hubiere cumplido una parte de la misma, de modo que a la entrada en vigor de la LORPM el período de cumplimiento pendiente fuera inferior a dos años, en ese caso no sería de aplicación el apartado 3 de la disposición transitoria, sino el apartado 4, que se aplica, según su propia literalidad, cuando «la pena impuesta o pendiente de cumplimiento fuera de prisión inferior a dos años».

La diferencia es sumamente relevante, pues en los supuestos del apartado 4 de la disposición transitoria única LORPM no es posible ya sustituir la pena por cualquiera de las medidas educativas previstas en la Ley, sino sólo y exclusivamente por la medida de libertad vigilada simple o, en su caso, por la mera declaración de cumplimiento de la pena y de extinción de la responsabilidad penal. Para el reo la revisión operaría en el peor de los casos mediante sustitución por medida no privativa de libertad, por lo que habría de ser puesto en libertad tan pronto entrase en vigor la LORPM.

En definitiva, por imperativo legal, de acuerdo con el contenido de la disposición transitoria única LORPM, apartado 4, las penas no privativas de libertad, las penas privativas de libertad distintas de la prisión –responsabilidad personal subsidiaria y arresto de fines de semana– y las penas de prisión que tengan pendiente de cumplimiento un período inferior a dos años, tienen considerablemente res-

tringida su conversión, pues en caso de verse sustituidas por una medida, lo serán siempre por medida de libertad vigilada simple por el tiempo que restara de cumplimiento de la condena.

El concepto de libertad vigilada simple no aparece explicado en la Ley, pues el artículo 7.1 h) no acuña modalidades diversas de libertad vigilada como lo hace con la medida de internamiento en los apartados *a, b, c y d*. Entendemos que la libertad vigilada simple es aquella en la que no se imponen al sujeto actividades socioeducativas o reglas de conducta complementarias distintas de la escolarización o asistencia al centro de trabajo.

En cuanto a la referencia al tiempo que restara de cumplimiento de condena como límite de duración de la medida de libertad vigilada, la pena de multa se computará de acuerdo con la equivalencia establecida para el cumplimiento de la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en el artículo 53.1 CP de 1995 y el arresto de fines de semana de acuerdo con la equivalencia a dos días establecida en el artículo 37.1 CP DE 1995.

En todo caso, tomando en consideración que por imperativo del artículo 9.3 de la Constitución la aplicación de la LORPM constituye una forma de aplicación retroactiva de una norma sancionadora favorable, al fijar la duración de la medida sustitutiva habremos de atender siempre a los límites legales previstos en el artículo 9 LORPM en función de las circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor, que operarán como límites absolutos de la duración de la intervención sancionadora-educativa, y en segundo lugar a la duración de la pena sustituida impuesta en sentencia, que operará como límite concreto de su extensión temporal, pues la medida educativa no podrá tener una duración superior a la de la concreta pena sustituida.

Se tomará en consideración también el tiempo de condena que el reo hubiere extinguido con anterioridad, sea por cumplimiento efectivo de la pena, sea por aprobación de redenciones, sea por imputación de períodos de prisión preventiva, tiempo éste que integrará el patrimonio penitenciario del reo —como en alguna ocasión ha denominado el Tribunal Supremo a los períodos de redención ganados— y que como tal le habrá de ser descontado de la duración de la medida.

3. Procesos penales incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la LORPM

De conformidad con el apartado 6, los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la Ley en los que se encuentren imputadas personas por hechos cometidos durante su minoría de edad serán remitidos al Ministerio Público para que instruya el procedimiento regulado en la LORPM.

El Fiscal deberá registrar estos procedimientos asignándoles un número de Diligencias Preliminares a efectos de localización y control estadístico procediendo a continuación a la incoación del Expediente de reforma.

Si el imputado lo fuere por hechos cometidos cuando era mayor de 18 años y menor de 21, el Juez de Instrucción acordará lo que proceda según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley.

En consecuencia, el régimen transitorio aplicable a los procesos penales inconclusos se ceñirá rigurosamente al principio *tempus regit actum*, que impone la adaptación inmediata de todos ellos al trámite previsto en la nueva Ley tan pronto entre en vigor.

XIV. ENTRADA EN VIGOR

La disposición final séptima ha establecido el plazo de un año de *vacatio legis*. Teniendo en cuenta que la Ley ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 13 de enero de 2000, su entrada en vigor se produce en fecha 14 de enero de 2001 (art. 5 CC, STS –Sala 3.ª– de 21 de diciembre de 1987, que, a su vez, se apoya en otros muchos precedentes jurisprudenciales y en concordancia con el criterio mantenido en las Circulares 3/1995 y 1/1996, dictadas con ocasión de la entrada en vigor de la ley reguladora del Tribunal del Jurado y del CP).

En dicho momento entran igualmente en vigor los artículos 19 y 69 del Código Penal de 1995 y, asimismo, quedan derogados los artículos 8.2, 9.3, la regla 1.ª del artículo 20 –en lo que se refiere al núm. 2 del art. 8–, el segundo párrafo del artículo 22 y el artículo 65 del Código Penal de 1973.

CONSULTA NÚMERO 1/2000. DECLARACIÓN DEL YA CONDENADO EN EL ENJUICIAMIENTO POSTERIOR DE OTROS COPARTÍCIPIES

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos que motivan la consulta pueden sintetizarse del modo siguiente: al acto del juicio oral comparece sólo uno de los acusados, acordándose la celebración del juicio únicamente respecto del mismo, quien al inicio muestra su conformidad al amparo del artículo 793.3. párrafo 1.º de la LECrim. Queda pendiente de celebración el juicio respecto de los restantes acusados.

La Fiscalía consultante, partiendo de esta situación, somete a la consideración de la Fiscalía General dos cuestiones en orden a la declaración que haya de prestar el condenado conforme en el juicio pendiente respecto del otro u otros acusados.

La primera de ellas es la relativa al momento procesal en que deba prestarse esa declaración y en este sentido abre dos posibilidades: primera, aprovechar el acto del juicio oral en el que se produjo la conformidad para, con la presencia del Letrado del incomparecido, interrogar al conforme respecto de la participación del acusado ausente, dejando así documentada una prueba preconstituida válida; o, segunda, citar al juicio que se señale para el otro acusado al ya condenado por conformidad para que preste su declaración.

La segunda cuestión es la relativa a la naturaleza y garantías de la declaración que ha de prestar el condenado en relación a la participación de los restantes acusados en los mismos hechos.

II. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL ENJUICIAMIENTO POR SEPARADO

Las cuestiones sometidas a consulta aconsejan una breve reflexión acerca de cuáles sean los requisitos imprescindibles para que pueda procederse al enjuiciamiento por separado de los acusados o a la prestación de conformidad de sólo

alguno de los acusados, presupuesto desencadenante de la cuestión que nos ocupa.

Como es sabido, en el sumario ordinario la no citación de algún coacusado, cuya rebeldía no haya sido declarada, impide que pueda celebrarse el juicio para los restantes (art. 746 *in fine*, introducido por la Ley 28/78, de 28 de mayo). A la misma solución conduce en el procedimiento abreviado el artículo 793.1 LECrim. No obstante, la praxis –a la que tan difícil resulta sustraerse por la inercia respecto de procedimientos ya derogados– ofrece algunos casos de incorrecta admisión de celebración para los acusados comparecidos a pesar de la incomparecencia por motivo legítimo (sin duda cuando faltare la citación) de algún otro coacusado.

En definitiva, para el posible enjuiciamiento de algún acusado separadamente del resto, fuera de los casos de rebeldía o de formación de piezas separadas del artículo 784.7.ª LECrim, deberá haberse citado y ser injustificada la incomparecencia de éstos. Si alguno de los acusados incomparecidos no hubiere sido citado, el juicio no podrá celebrarse para ninguno de los comparecidos (cfr. STS 163/2000, de 11 de febrero).

Lo expuesto conlleva igualmente una serie de consecuencias en materia de conformidad.

La conformidad sólo será posible si el acusado se hallare presente, así lo exige expresamente el artículo 793.3 LECrim.

De otra parte, habiendo varios acusados por un mismo hecho, en virtud del artículo 697 LECrim, sólo cabe la conformidad si todos los acusados se muestran conformes y sus respectivos defensores reputan innecesaria la continuación del juicio, pues ante la disconformidad de uno solo de los acusados o de su defensor será obligado celebrar el juicio para todos (inclusive para los que pretendieron eludir el juicio mediante la conformidad). En este sentido se ha pronunciado la STS 971/1998, de 27 de julio, al establecer en su fundamento jurídico 3 que «una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito...». Distinto de lo anterior –pero ajeno al supuesto fáctico objeto de la consulta– es que se trate de distintos hechos imputados a distintos acusados, en cuyo caso la regla del artículo 784.7 LECrim y alguna resolución jurisprudencial (STS de 26-6-1985) parecen orientarse en favor de admitir la posible conformidad por separado.

De lo anterior se desprende que si hubiere varios acusados por un mismo hecho y alguno no se presenta al juicio:

- si el ausente consta citado correctamente o si ha sido declarado en rebeldía, no existe inconveniente alguno para aceptar la conformidad de los restantes acusados comparecidos;
- si el ausente no fue citado a juicio o si citado consta la existencia de una causa justificativa de la incomparecencia, debe impedirse la conformidad de los restantes acusados, por cuanto que la presencia del ausente en el juicio hubiera podido impedir dicha conformidad traducida en sentencia condenatoria, que cabe sostener que le afecta cuando menos indirectamente, y no siendo imputable a él tal incomparecencia no debe privársele de la posibilidad de rechazar la propuesta de conformidad y forzar el enjuiciamiento conjunto de todos los copartícipes. En apoyo de tal solución, que se funda en la repercusión de la conformidad de un acusado en la posición de los res-

tantes coacusados, cabe citar la STS 453/2000, de 14 de marzo, que tras señalar que el instituto de la conformidad afecta a los acusados que han reconocido los hechos y no a los restantes, sin embargo, indica que el reconocimiento por los coacusados conformes con la imputación fáctica no deja de tener su repercusión en el coacusado no conforme, de manera que, cuanto menos, el reconocimiento del hecho por algunos es valorable por el juzgador en lo que se refiere al acaecimiento de lo sucedido y, al menos indiciariamente, a la participación de un tercero.

Sentados así los presupuestos en que será posible darse el supuesto fáctico del que parte la consulta, se analizan en los apartados siguientes la cuestiones relativas al momento y a la naturaleza de la declaración del condenado en el juicio oral para los restantes partícipes en los mismos hechos.

III. MOMENTO EN QUE DEBE PRESTARSE DECLARACIÓN POR EL ACUSADO QUE RESULTÓ CONDENADO A FIN DE QUE SURTA EFECTOS EN EL ULTERIOR JUICIO PARA LOS RESTANTES ACUSADOS

La declaración por la cual el acusado presta, al amparo de los artículos 688 y 793.3, al inicio del juicio oral, su conformidad con los hechos que se le imputan y acepta la pena más grave de las que se le solicitan, ha sido entendido como un acto procesal suficiente para enervar la presunción de inocencia de quien lo emite. La sentencia condenatoria de conformidad, pese a que el juicio no se llega a celebrar, no vulnera dicho derecho fundamental.

Ahora bien, dicha declaración de conformidad no puede ser admitida como prueba en el enjuiciamiento posterior de los restantes acusados. No debe confundirse la prestación de conformidad del acusado, que implica una declaración de voluntad tendente a truncar el proceso, con la declaración del acusado sobre los hechos en la fase probatoria del juicio oral, que se trata de una declaración de conocimiento con verdadero alcance probatorio.

Tampoco, como se razona *infra*, será prueba válida en un juicio ulterior la declaración que, de no haber mediado conformidad, hubiera prestado en el desarrollo del primer juicio tal acusado, aun cuando hubiera reconocido su participación y la de los restantes acusados pendientes de juicio.

Es cierto que la declaración de un coimputado, autoinculpatoria y a la vez inculpatoria para el resto, podría ser considerada en abstracto prueba de cargo para los restantes coacusados. Sin embargo, la razón de la inadmisión de la misma como prueba en el ulterior juicio para los acusados aún no enjuiciados radica en el hecho de que, tanto si se emitió como declaración de voluntad soporte de una conformidad cuanto si se prestó como prueba en el juicio celebrado para un acusado, su importación sin más al juicio para los restantes acusados implicaría la admisión en el mismo de una prueba obtenida sin el respeto a los principios de contradicción, intermediación y concentración.

Tal declaración, si se intentara hacer valer como documental en el juicio para los acusados restantes, vulneraría el principio de contradicción, entendido en el sentido de derecho de los co-acusados ahora enjuiciados a someter a interrogatorio cruzado aquella declaración ante el órgano judicial que haya de valorarla en su en-

juiciamiento, tal y como se reconoce en el artículo 6.1. y 3 d) del CEDH y han proclamado las SSTEDH de 19-12-1990 (caso Delta), 19-2-1991 (caso Isgro), 29-4-1991 (caso Asch), 20-9-1993 (caso Saïdi).

Por lo expuesto, la declaración del acusado ya enjuiciado, cuando se pretenda utilizar como prueba para el resto de los acusados pendientes de juicio habrá de ser propuesta y practicada en el juicio para tales acusados, permitiendo así el interrogatorio por todos los Letrados de los coimputados y con pleno respeto a los principios del proceso antes citados; sin que sea admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la anterior sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga la declaración del ya condenado. En este sentido se han expresado, entre otras, las SSTs de 15-9-1989 (Pte.: Delgado García), 29-1-1990 (Pte.: Ruiz Vadillo), 284/1999, de 21 de septiembre y 279/2000, de 3 de marzo.

La segunda de las sentencias citadas señaló que no es admisible «procesal, ni constitucionalmente, condenar por unas declaraciones prestadas en otro proceso por testigos, coimputados, o por pruebas periciales o documentales en él obrantes, porque al hacerlo así se vulnera el derecho de defensa que está constituido a la vez por un haz de derechos –posibilidades– procesales; entre ellas, la de que toda la prueba pueda ser contradicha y la de que los testigos intervengan personalmente en el juicio oral...».

A la vista de lo anterior cabe concluir que lo correcto procesalmente será practicar la declaración del ya condenado en el acto del juicio que haya de celebrarse para los otros acusados que resten.

No obstante, la Fiscalía consultante sugiere, como posibilidad alternativa a la citación al ulterior juicio oral del ya condenado para declarar, la de aprovechar la vista del juicio celebrado para él a fin de que, con la intervención de los Letrados de todas las partes (incluyendo a los de los acusados incomparecidos), se practique la prueba consistente en la declaración del co-acusado presente respecto de la intervención en los hechos de los acusados ausentes. De esta manera –se razona– en el ulterior juicio oral para aquellos bastará que dicho testimonio sea aportado por vía documental, a modo –en expresión de la Fiscalía consultante– de «prueba preconstituida válida».

Como quiera que la única prueba válida es la que se practica en el acto del juicio oral, la regla general ha de ser la de practicar el interrogatorio del ya condenado en el acto del juicio para los restantes partícipes. El significado de la prueba que se anticipa o preconstituye ya ha sido suficientemente elaborado por la dogmática y la jurisprudencia. Su excepcionalidad está fuera de duda y así se ha proclamado de forma insistente. De ahí que sólo se podrá acudir excepcionalmente a la solución que se propugna cuando existan razones que lo justifiquen. Tales razones, a la vista de lo dispuesto en los artículos 448, 449 o 657 LECrim, habrán de fundamentar el temor de que dicha declaración no pudiera practicarse en el ulterior juicio oral o de que pudiera provocar su suspensión. Así, llegado el acto del juicio oral para los acusados pendientes, sólo valdrá dicha prueba documentada, lo que se articulará por la vía del artículo 730, si efectivamente resulta imposible producir dicha declaración en el acto del juicio oral; es decir, si concurre alguno de los supuestos en los que la doctrina del TC y TS admiten la validez de los testimonios que no se prestan en el juicio oral, si es que se realizaron de modo tal que quedaron garantizados los derechos del acusado (cfr. STC 115/1998, de 1 de junio, FJ 4).

IV. NATURALEZA DE LA DECLARACIÓN QUE HAYA DE PRESTAR EL YA CONDENADO EN EL ENJUICIAMIENTO POSTERIOR DE LOS RESTANTES PARTÍCIPES EN LOS MISMOS HECHOS

La atribución, a quien ya ha sido condenado y comparece a declarar en el juicio por los mismos hechos contra los restantes partícipes, de la cualidad de testigo o, por contra, el mantenimiento de la condición de imputado a efectos de permitir que conserve el haz de garantías constitucionales que se atribuyen en sus declaraciones a éstos, constituye la segunda de las cuestiones suscitadas por la Fiscalía consultante y coincide con una clásica polémica en la doctrina y en la jurisprudencia.

A) Criterio jurisprudencial

Un examen de los pronunciamientos jurisprudenciales no resulta determinante de la solución que deba adoptarse.

Por un lado, la STS 627/1994, de 12 de marzo (Pte.: Ruiz-Vadillo), se inclina por la calificación de «testigo». Ahora bien, dicha sentencia no pone tanto el acento en solucionar la cualidad de quien, condenado por los mismos hechos, hubo de haber declarado en el juicio posterior para otro coimputado, sino en exigir que dicha declaración efectivamente se practique en el acto del juicio. Señala la sentencia:

... esta manifestación se vertió en el juicio oral que se celebró para otro coimputado y, como no se citó a la declarante de comparecencia en el juicio oral que había de celebrarse para el recurrente ahora, y entonces rebelde, no pudo la testigo ser interrogada...

La STS de 15-09-1989 (Pte.: Delgado García) parece, por contra, otorgar la cualidad de coimputado en estos casos, al contraponer tal declaración a las de los testigos. Al igual que la anterior, tampoco profundiza en el régimen a que debieron sujetarse tales declaraciones. Señala:

... Ocurrió en el presente procedimiento que en el primer juicio celebrado el día 9 se practicó como prueba la declaración de los dos coinculpados y de un testigo, pero en el segundo, que tenía por objeto el enjuiciamiento del ahora recurrente, tales pruebas, que habían sido propuestas por el M.º Fiscal, no se practicaron, porque, por un lado, no fueron citados los coinculpados y, por otro, los testigos no comparecieron, limitándose la prueba de este segundo juicio a la declaración del procesado... En el supuesto presente ha existido un grave defecto procesal al no haber sido citados para el segundo juicio oral los dos coinculpados que ya habían sido juzgados y que habían declarado en el primero (arts. 656 y ss. LECrim). Tales pruebas habían sido propuestas, junto con la testifical, por el M.º Fiscal y admitidas por el Tribunal, y, sin embargo, no se hicieron las correspondientes citaciones para dicho segundo juicio, posiblemente porque por error se estimó que ello no era preciso al haberse ya practicado esas declaraciones en el anterior. No obstante era necesario realizar estas pruebas en el juicio que se celebró contra quien ahora recurre para así permitir que su letrado pudiera interrogar sobre su participación en los hechos haciendo posible la debida observancia de los principios de contradicción y defensa...

La STS 210/1995, de 14 de febrero (Pte.: De Vega Ruiz) distingue, en el caso concreto del tráfico de drogas, entre las declaraciones de los «arrepentidos» y las de los «agentes infiltrados», atribuyendo a las primeras la cualidad de declaraciones de coimputados y a las segundas de testigos. Ahora bien, el arrepentido-acusado había declarado en el caso concreto en el mismo juicio celebrado para los restantes coacusados, sin que hubiera sido condenado en un juicio anterior.

La STS 971/1998, de 27 de julio (Pte.: Prego de Oliver y Tolivar) parece decantarse por la cualidad de imputado. El caso sometido a casación era el siguiente: cuatro de los seis acusados se muestran conformes al inicio del juicio oral; el Tribunal, en lo que parece fuera una decisión de continuación del juicio –aunque nada se explicitara en el acta–, abre el interrogatorio de los disconformes en calidad de coimputados y seguidamente el de los «conformes» en calidad de testigos. La sentencia citada señala, en primer lugar, que al ser parcial la conformidad debe entenderse que el juicio oral continúa para todos los acusados igual que si ninguno se hubiera mostrado conforme, y, en segundo lugar, que en la fase probatoria del juicio las declaraciones de los acusados no debieron confundirse con las pruebas testificales. Establece la sentencia:

Como ha dicho esta Sala en Sentencia de 18 de julio de 1996, en consonancia con la doctrina procesal, «testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia». Testigos no son por tanto ni pueden serlo nunca los imputados, y especialmente los acusados, amparados por su derecho a no declarar contra sí mismos (art. 24.2.º de la Constitución Española), que se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho como a la realidad del hecho mismo imputado. La declaración de un coimputado, carente de la obligación de decir verdad exigible a los testigos (sentencia de 20 febrero 1996) no puede ser sometida al régimen legal de la prueba testifical practicada bajo juramento y deber de veracidad, con la posibilidad en caso contrario de incurrir en falso testimonio.

Las SSTs 848/1998, de 23 de junio, y 1045/1999, de 26 de julio, bien expresivas de las dificultades que ofrece el tema y de las vacilaciones jurisprudenciales, resaltan que el coimputado es un sujeto procesal cuya declaración no es exactamente ni testimonio ni confesión aunque participa, en cierto modo, de una y otra, y aluden a la «peculiar» naturaleza de esta prueba.

B) Reconocimiento del carácter híbrido de la figura y fundamento de la atribución de un determinado régimen jurídico

Este problema no se resuelve en atención exclusiva a los conceptos de imputado o de testigo.

De una parte, el ya condenado no tiene el *status* de imputado pues la sentencia firme cerró para él el procedimiento. Pero la cuestión no es si tiene o no dicha condición sino si han de mantenerse, pese a no ser ya imputado, pero habida cuenta de que el proceso sigue abierto, algunas de las garantías de éstos en sus futuras declaraciones.

De otro lado, parece que al haber sido ya enjuiciado pierde, una vez firme la sentencia, su carácter de parte y por ello se asemeja al testigo. Sin embargo, no es criterio seguro para reputar testigo el de indagar acerca del carácter de parte o no del ya enjuiciado, pues la atribución del régimen jurídico del testigo es independiente del hecho de ser o haber dejado de ser parte en el proceso. Los requisitos y efectos propios de la declaración de los testigos (juramento o promesa, deber de declarar...) se vienen exigiendo en el testimonio que prestan determinadas personas con independencia de que puedan ser parte en el proceso penal –piénsese en el perjudicado o en la víctima del hecho delictivo que se personan como acusación particular o en quien habiendo presenciado un hecho delictivo decide ejercer la acción popular–. Las declaraciones de estas personas, partes en el proceso, se efectúan bajo el régimen de la testifical, aunque el TS en varias resoluciones, de la que es exponente la sentencia 1029/1997, de 29 de diciembre, haya advertido del riesgo que se produce para el derecho constitucional de presunción de inocencia cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

La cuestión, en todo caso, no ha de ser tanto la atribución de una etiqueta («coimputado» o «testigo») presuntamente configuradora de la naturaleza de tal declaración, sino el establecimiento con perfiles nítidos, al margen de calificativos y partiendo de la peculiar naturaleza de esta prueba, de los efectos derivados del régimen jurídico de tal declaración atendiendo a la vigencia o no del fundamento de la atribución al imputado de una serie de garantías en su declaración.

Se trataría, pues, de superar un criterio puramente nominalista y anteponer a éste razones ligadas al genuino fundamento de los preceptos que, en uno u otro caso, disciplinan la comparecencia y la declaración prestada en juicio.

Lo relevante será determinar aquellos aspectos de la declaración de los coimputados o de los testigos que hayan de afectarles. En definitiva, se trata de indagar en aquellas especialidades de la declaración como imputado que han de mantenerse en su ulterior declaración.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla expresamente esta cuestión, a diferencia de la solución ofrecida por el ordenamiento italiano en el que se regula que el coimputado no puede pasar a la condición de testigo por el hecho de que se dicte para él sentencia, entendiéndose por tal la resolución de no haber lugar a proceder, la condenatoria o inclusive la absolutoria salvo que, en este último caso, fuere firme [art 197.1 a) del Código de Procedimiento Penal Italiano].

La indagación de la concurrencia, en cada caso, del fundamento de las garantías establecidas en las declaraciones de los acusados o de los testigos ha de servir de guía para trazar el régimen a que ha de sujetarse dicha declaración.

C) Algunos aspectos relativos al régimen jurídico de la declaración del ya enjuiciado

Podemos diferenciar en este punto una serie de cuestiones:

1. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

La declaración del condenado en el juicio ulterior para los restantes acusados ha de ser propuesta por las partes. Ahora bien, es de tener en cuenta que existien-

do escrito de conclusiones provisionales o de acusación respecto de todos los acusados, en realidad la proposición de tal prueba ha de entenderse que ha sido efectuada en dicho escrito bajo la usual fórmula «interrogatorio de los acusados», sin que haya por qué reiterar la proposición nuevamente para el juicio pendiente por el hecho de que el juicio oral se haya desarrollado fraccionadamente para distintos acusados.

En todo caso, a fin de evitar los problemas que pudieran derivarse de la falta de citación del imputado ya enjuiciado, parece conveniente recordar del órgano judicial que no se renuncia a dicha prueba, lo que puede hacerse constar en el acta del primer juicio.

2. INCOMPARECENCIA DEL DECLARANTE

La incomparecencia injustificada y voluntaria del ya condenado que hubiere sido citado con arreglo a las prescripciones del artículo 175 LECrim no podrá determinar las consecuencias que conlleva la incomparecencia de un acusado, por la sencilla razón de que ya no es acusado. Resulta obvio señalar que no se podrán adoptar contra él las medidas cautelares previstas para los imputados, ni interesar órdenes de busca y captura.

Por contra, dicha incomparecencia, dará lugar a las consecuencias que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la incomparecencia de testigos (art. 420 LECrim). Así, si se tratare de causa sin preso se le impondrá la corrección disciplinaria de multa y si, a pesar de ello, persistiere en su resistencia incurrirá en el delito de obstrucción a la Justicia del artículo 463 CP y podrá ser conducido a presencia del Juez. A ello debe añadirse que tal incomparecencia, si se produjere en causa con preso preventivo y provocare la suspensión del juicio, determinará directamente la comisión del delito de obstrucción a la Justicia conforme al primer inciso del núm. 1 del artículo 463 CP.

3. DERECHO A NO DECLARAR. EXIGENCIA DE JURAMENTO O PROMESA DE DECIR VERDAD

La cuestión más delicada de cuantas se presentan en este trazo del régimen jurídico del declarante es la de si el ya enjuiciado conserva en su ulterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y si, por otra parte, está excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad.

En la polémica suscitada en nuestra doctrina acerca de esta cuestión se ha sostenido con razón por algún autor que las garantías reconocidas por el artículo 24 CE al imputado en su declaración, que constituyen una manifestación del derecho de defensa, han de mantenerse aun después de la sentencia condenatoria «con fundamento –se señala– en la permanencia del interés personal a la defensa que subsiste a lo largo de todo el proceso, también durante la fase de ejecución de la sentencia condenatoria».

En línea con lo anterior cabe señalar que el derecho de defensa del ya enjuiciado y condenado no termina completamente con la sentencia condenatoria. Se extiende, aunque no con el mismo contenido y perfiles, con posterioridad a la misma. Aunque el derecho de defensa del penado adquiera en la fase de ejecución una

modulación especial, un contenido diferente al que tenía antes de la sentencia, sus manifestaciones consistentes en el derecho a no declarar contra sí mismo y a no ser requerido bajo juramento o promesa a narrar los hechos verazmente, se deben considerar vigentes también en la fase de ejecución de la sentencia.

El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar.

Esta especie de reconocimiento de culpa ulterior del ya condenado no sólo es inexigible humanamente sino que, desde el punto de vista jurídico, podría acarrearle consecuencias contrarias a su derecho de defensa en fase de ejecución (baste reparar en las posibles consecuencias negativas de una paladina confesión de hechos de quien habiendo sido condenado con una prueba no muy contundente hubiere solicitado el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena o un indulto siquiera parcial...).

Además, como argumento que refuerza lo anterior, en estos casos de fragmentación del juicio oral en tantos actos como partícipes en el hecho, no debe perderse de vista la idea de que el objeto del proceso es único. La relación que cada uno de los sujetos del proceso mantiene con dicho objeto, lo que le confiere un determinado *status*, no puede ser alterada por la concurrencia o no de eventos imprevisibles determinantes de la necesidad de fragmentación del juicio oral en varios actos. El *status* de las partes se adquiere y se mantiene en el proceso con independencia de aquellas circunstancias condicionantes de la necesidad de dividir o no el juicio oral en sucesivos actos para los diferentes acusados.

Cabe argumentar, además, que existe apoyo para sostener la no obligación de declarar en la interpretación analógica del artículo 418 LECrim. A tenor de este precepto «ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416». Si el perjuicio se deriva para sí mismo, como sucede en el caso que se examina, el fundamento de la no obligación de declarar resulta evidente. En este sentido conviene recordar que, como señala la STS 971/1998, de 27 de julio, el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho mismo imputado. Este último aspecto parece difícil que no pueda verse afectado por las preguntas que se le formulen.

Por todo lo expuesto cabe concluir que el condenado que sea citado a prestar declaración en el juicio ulterior para los restantes acusados conserva los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él.

Podrá negarse a declarar y, de otra parte, no incurrirá, aun cuando no se ajustara a la verdad, en el delito de falso testimonio.

La exigencia de juramento o promesa de decir verdad conduciría a situaciones inaceptables. No cabe admitir la hipótesis de un condenado que resultara posteriormente acusado de falso testimonio por las declaraciones, negando los hechos objeto de condena, vertidas en el juicio celebrado posteriormente para los restantes partícipes.

Por último, aunque se trata de una cuestión no directamente relacionada con el supuesto fáctico objeto de la consulta, cabe señalar que incluso respecto del acusado que hubiere sido absuelto en sentencia firme o favorecido por un auto firme de sobreseimiento libre no resulta fácil admitir –tal como hace el Derecho italiano– que pase a ostentar plenamente la condición de testigo en sus futuras declaraciones respecto de tales hechos. Cuando sea llamado a declarar en el juicio ulterior para los restantes acusados no cabe conminarle a decir verdad bajo la amenaza del falso testimonio si ésta contraría el pronunciamiento absolutorio que le fue favorable. El principio de no exigibilidad de dicha conducta podría extraerse, para justificar su negativa a declarar o el sostenimiento de una versión exculpatoria, de la interpretación analógica del artículo 418 LECrim antes citado.

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Efectuada la declaración del coacusado ya enjuiciado en tales términos, su régimen valorativo por el Tribunal habrá de ser el que se preconiza por la jurisprudencia para las declaraciones de los coinclupados y no el propio de las declaraciones de los testigos.

La reiterada jurisprudencia recaída acerca del valor de las declaraciones de los coacusados coincide en la admisión de tales declaraciones como medio importante de prueba al tiempo que advierte sobre su peligro.

En ese sentido, la admisibilidad de tales declaraciones como medio probatorio constituye un problema no de legalidad sino de credibilidad. Ha señalado la jurisprudencia que si bien los jueces no deben de forma rutinaria fundar una resolución, «sic et simpliciter», en la mera acusación del coimputado, tampoco ha de desdénarse su versión, que ha de ser considerada en función de los demás factores concurrentes, singularmente la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa. Los móviles espúrios, tales como el odio, la venganza, la enemistad, la autoexculpación, el soborno, el resentimiento o el deseo de obtener ventajas y beneficios penales o carcelarios, se constituyen en causas de invalidación aunque no absolutas (cfr. SSTS de 9-7-1984, 19-4-1985, 12-5-1986, 210/1995, de 14 de febrero y 146/1996, de 20 de febrero, entre otras muchas).

Finalmente es de resaltar que la STS 279/2000, de 3 de marzo, en relación con aquellos casos en que el imputado reconoce su participación y emite una declaración inculpatoria para sus correos, establece que tal declaración no podrá ser valorada cuando tal imputado se hubiere negado a contestar a las preguntas de las Defensas de los así acusados, ya que entonces la ausencia de contradicción se erige en obstáculo para la valoración incriminatoria de tal declaración, máxime cuando la negativa a declarar a las preguntas de las Defensas no pueda basarse en el temor a ver comprometido su derecho de defensa o su posición en el proceso, puesto que previamente hubiera reconocido paladinamente la propia participación en los hechos.

5. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 704 LECRIM

Frente al régimen de las declaraciones de los coinclupados que, salvo que el Tribunal acuerde lo contrario, se producen en presencia los unos de los otros, el ar-

título 704 establece que «los testigos que hayan de declarar en el juicio permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona».

Esta regla de incomunicación de los testigos tiene su fundamento en la consecución de declaraciones espontáneas, no viciadas en su contenido por el conocimiento de lo declarado por otros –acusados, testigos, peritos– sobre los mismos hechos. En todo caso, su inobservancia acarreará diferentes efectos en función de las consecuencias que haya podido tener en cada caso concreto, tal y como ha señalado la STS 32/1995, de 19 de enero.

Dicha norma, que implicaría que quien, habiendo sido ya enjuiciado y en trance de declarar en el juicio para los restantes coacusados, haya de prestar su declaración después de las declaraciones de los enjuiciados y sin conocimiento de las mismas al no haber estado presente durante su realización, ha de estimarse de aplicación en el presente caso por cuanto no vulnera el derecho de defensa del ya enjuiciado –que queda satisfecho mediante el reconocimiento a no declarar o a no prestar juramento o promesa– y se erige, por contra, en un medio válido y útil para el Tribunal en la tarea de valorar las declaraciones de unos y otros.

6. DERECHO A INDEMNIZACIÓN

El artículo 722 LECrim recoge el derecho de los testigos a ser indemnizados de los gastos de viaje y jornales perdidos por su comparecencia, si lo reclamaren.

Cabe preguntarse si dicha declaración es extensible a los ya enjuiciados que hubieren de asistir a prestar declaración al juicio ulterior para los restantes acusados.

La respuesta afirmativa no ofrece duda si el declarante resultó absuelto en el juicio celebrado para él.

Sin embargo, si fue condenado como partícipe en los hechos por los que comparece ahora a declarar la cuestión no parece tan sencilla. La respuesta negativa se impone ante la consideración de la relación de dicho sujeto con tales hechos. Su responsabilidad en los mismos, a diferencia de la posición del testigo, justifica la obligación de soportar la carga que conlleva la comparecencia a declarar.

V. CONCLUSIONES

Primera. La declaración de quien ya ha sido enjuiciado, cuando pretenda ser utilizada como prueba en el enjuiciamiento de los demás acusados, habrá de ser practicada en el acto del juicio oral que se celebre para éstos. No es admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga aquella declaración.

No obstante, cuando concurren razones que hagan imposible practicar la declaración del ya enjuiciado en el acto del juicio que haya de celebrarse para los otros acusados, se podrá hacer valer aquella, por la vía del artículo 730 LECrim, si se llevó a cabo anteriormente de modo tal que quedaron garantizados los derechos de todas las partes.

Segunda. La declaración del ya enjuiciado en el juicio ulterior para otros partícipes ha de ser propuesta como medio de prueba.

No obstante, el empleo de la fórmula «interrogatorio de los acusados» en el escrito de acusación o de conclusiones provisionales conjunto ha de entenderse como propuesta de prueba válida, que no es necesario reiterar, aunque pueda ser útil o conveniente hacerlo, por el hecho de que el enjuiciamiento se haya desarrollado fraccionadamente para aquellos.

Tercera. La incomparecencia injustificada del ya enjuiciado que fuere debidamente citado a prestar declaración en el juicio oral para los restantes, dará lugar a las consecuencias que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la incomparecencia de los testigos.

Cuarta. Quien ya ha sido enjuiciado conserva en su ulterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y, por otra parte, está excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad.

Quinta. El régimen valorativo de la declaración del ya enjuiciado prestada en el juicio para los restantes partícipes habrá de ser el que se otorga a las declaraciones de los coimputados y no el propio de las declaraciones de los testigos.

Sexta. Es de aplicación a las declaraciones de los ya enjuiciados la regla prevista en el artículo 704 LECrim.

Séptima. El enjuiciado que resultare absuelto y prestare declaración en el ulterior juicio oral para los restantes acusados tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 722 LECrim.

CONSULTA NÚMERO 2/2000, SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS ACCESORIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL

I

La presente consulta tiene por objeto responder a determinadas cuestiones que se suscitan a la hora de interpretar y aplicar el artículo 56 del CP, que regula la imposición de penas accesorias en los casos de condena a pena de prisión de hasta diez años. Concretamente, la Fiscalía consultante plantea si siempre que se pida una pena de prisión deben solicitarse una o varias de las penas accesorias contempladas en el artículo 56 CP y, en caso afirmativo, cual o cuáles deben ser éstas.

Efectivamente, en un análisis del tenor literal del artículo 56 del CP, hecho desde la óptica de quien ejerce la acusación pública, se plantea como primera cuestión interpretativa la de si, en todo caso de petición de pena de prisión de hasta diez años, ha de solicitarse necesariamente por el Fiscal alguna de las penas accesorias contempladas en el citado artículo. Dicho con otras palabras, se suscita la duda acerca de si el inciso final del mencionado precepto, que condiciona la imposición de la pena accesoria privativa de derechos a que «éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación», se refiere tan sólo a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, o por el contrario engloba también a las otras dos penas accesorias previstas en el citado artículo, esto es, la de suspensión de empleo o cargo público y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

Aunque en el momento de formularse la consulta existía un vacío jurisprudencial al respecto, en la actualidad la cuestión ya ha sido abordada por una reiterada y constante jurisprudencia (SSTS núm. 69/99 de 26-1-99, núm. 430/99 de 23-3-99, núm. 1309/99 de 25-9-99, núm. 1442/99 de 18-10-99 y ATS 293/999 de 28-12-99), cuya conclusión ha sido la de entender que la relación directa con el delito sólo ha de ser tomada en consideración al aplicar la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, y no para imponer cualquiera de las otras dos penas accesorias previstas.

A esta conclusión llega nuestro Tribunal Supremo haciendo uso de los cinco elementos clásicos que –como ya en su día propugnara el maestro e iniciador de la escuela histórica– han de ser tenidos en cuenta al llevar a cabo la interpretación de la norma (gramatical, sistemático, histórico, lógico y teleológico). El fundamento expresado por primera vez en la citada STS de 23-3-99, y que reproducen literalmente las posteriores de 25-9-99 y 18-10-99, reza como sigue:

El artículo 56 *in fine* del CP 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 gramática 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 CP 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.

II

Solventada esta primera cuestión, se plantea seguidamente la de si la imposición de alguna de las penas accesorias contempladas en el artículo 56 se trata de una mera facultad del Juez o Tribunal, o si, por el contrario, en todo caso la condena a una pena de prisión de hasta diez años ha de ir acompañada de la imposición de al menos una de las penas accesorias previstas en el artículo 56 CP.

También esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia. Las ya citadas SSTS de 23-3-99 y 18-10-99 afirman que «el artículo 56 del CP de 1995 emplea una expresión preceptiva, “impondrán”, y no potestativa, “podrán imponer”, por lo que ha 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, [...] la pena accesoria a imponer es precisamente la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena». En idéntico sentido, aunque con distintos términos, se pronuncia la STS de 26-1-99 y el ATS de 28-12-99, también citados, así como las SSTS núm. 728/99 de 6-5-99 y núm. 370/2000 de 6-3-00.

Hasta el punto es preceptiva la imposición de al menos una de las penas accesorias establecidas en el artículo 56 CP, que dicha imposición habrá de tener lugar aunque no haya habido petición expresa en el sentido por la parte acusadora, sin que por ello se vulnere el principio acusatorio (STS de 26-1-99). Asimismo, la omisión de esta obligación legal es subsanable mediante el recurso de casación por infracción de ley (STS de 6-3-00).

III

Otra de las dudas que la lectura del artículo 56 CP puede plantear es la de si sólo se puede imponer como accesoria una de las tres penas que menciona la norma o si, por el contrario, se pueden imponer conjuntamente dos de ellas o incluso las tres al mismo tiempo, ya que tampoco resulta desdeñable esta última posibilidad. Por seguir utilizando el ejemplo que a menudo emplea nuestra jurisprudencia, piénsese en un alcalde de una localidad que regenta un comercio que es condenado por vender drogas en su establecimiento; se le podría imponer como pena accesoria cualquiera de las tres contempladas en el artículo 56 CP: la de in-

habilitación especial para ejercer el comercio, la suspensión de cargo público y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

A esta cuestión hay que contestar que, si bien la STS de 26-1-99 hizo en un *obiter dictum* una afirmación que podría inducir a pensar lo contrario, atendiendo a los argumentos gramatical, lógico y teleológico que aparecen reflejados en las SSTs de 23-3-99, 25-9-99 y 18-10-99, la conclusión evidente es la de admitir que en el caso de que el condenado tenga la condición de funcionario público, las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo no sólo no son incompatibles entre sí, sino que deben acompañar en todo caso, cuando el penado desempeñe un empleo o cargo público, al cumplimiento de la pena de prisión. A esta misma conclusión llega la segunda de las sentencias citadas, la cual expresamente afirma:

Atendido el sentido y finalidad de las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público (art. 43 CP 1995) y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 44 CP 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 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 periodo 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.

Las únicas penas accesorias del artículo 56 CP que, por su propia naturaleza, son incompatibles entre sí con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público y la de suspensión de empleo o cargo público, ya que esta última priva al condenado del ejercicio del empleo o cargo público durante el tiempo de la condena (art. 43) y aquélla produce la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere y la incapacidad de volver a obtenerlo durante el tiempo de la condena (art. 42 CP), operando en ambos casos la limitación del derecho sobre el empleo o cargo que el condenado hubiese venido desempeñando hasta ese momento.

La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, sin embargo, sí puede imponerse conjuntamente con la inhabilitación especial de empleo o cargo público, ya que aquélla tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues, mientras que la inhabilitación especial para empleo o cargo público impide al penado ac-

ceder durante el tiempo de la condena únicamente al mismo u análogos empleos o cargos (art. 42 CP), la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado de ser elegido para cualquier cargo público.

De manera similar, la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo no es redundante respecto de la prohibición legal contenida en el artículo 6.2 a) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, que declara que «son inelegibles los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena», ya que este artículo es aplicable únicamente a las elecciones por sufragio universal directo (como se deduce de la rúbrica del Título primero de la Ley, en que está enmarcado), y, más concretamente, a las elecciones mencionadas en el artículo 1 de la Ley. El artículo 44 CP, sin embargo, dispone con carácter general que «la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos», ya tenga lugar dicha elección por sufragio universal directo o por cualquier otro mecanismo de votación u elección.

Por último, hay que hacer una referencia a la interpretación que se debe hacer del inciso «atendiendo a la gravedad del delito», que emplea el tan citado artículo 56 CP. No se debe interpretar, como ya se indicó *supra*, en el sentido de que resulte posible no imponer ninguna pena accesoria en los casos de condena a pena de prisión, ni tampoco, como igualmente se ha expuesto, que desempeñando el penado un empleo o cargo público, el órgano sentenciador pueda optar entre imponer como accesoria la suspensión de empleo o cargo público, o bien la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. La gravedad del delito será, por tanto, un criterio orientativo que habrá de ser tenido en cuenta únicamente para determinar si se ha de añadir como accesoria, conjuntamente con las anteriores, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, siempre que exista también una vinculación directa entre alguno de estos derechos y el delito castigado. Ello tiene su fundamento, como afirma la citada STS de 26-1-99, en la «naturaleza especialmente aflictiva 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», y se exige por ello para su imposición que, más allá de una mera constatación de la relación objetiva que se pueda establecer entre el delito y la profesión o el derecho que vaya a ser objeto de la inhabilitación especial, la imposición de ésta esté «justificada por la naturaleza del delito y de la posibilidad de que la profesión haya servido de ocasión para cometerlo» (STS de 26-1-99).

CONCLUSIONES

1.ª A la luz de los argumentos anteriormente expuestos, los Srs. Fiscales cuando pidan que se imponga una pena de prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena:

- a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo;
- b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público.

2.^a Habrá de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuáles son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo.

En este caso habrá de solicitarse también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Y si el acusado desempeña un empleo o cargo público, salvo que se haya pedido concretamente la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se habrá de pedir también la suspensión de empleo o cargo público.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/2000 SOBRE LA NECESARIA ACOMODACIÓN A LA LORPM DE LA SITUACIÓN PERSONAL DE LOS MENORES INFRACTORES QUE SE HALLEN CUMPLIENDO CONDENA EN CENTRO PENITENCIARIO O SUJETOS A PRISIÓN PREVENTIVA

I. INTRODUCCIÓN

El Boletín Oficial del Estado del día 23 de diciembre de 2000 publica el texto de la Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia (LOMUAAJ), cuya disposición adicional tercera modifica los apartados 5 y 6 de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 5/2000, de 13 de enero (LORPM), introduciendo dos importantes novedades en relación con el texto original de la Ley tal y como se publicó en el «BOE» núm. 11, de 13 de enero del 2000.

En primer lugar, la previsión expresa de que la situación personal de quienes hubieran sido condenados por hechos ejecutados durante su minoría de edad y que se hallaren cumpliendo condena a la fecha de entrada en vigor de la LORPM podrá verse prorrogada durante la tramitación de los Incidentes de Revisión de dichas penas hasta un límite de dos meses (inciso final del apartado 5 de la disposición transitoria única).

En segundo lugar, que la situación de prisión preventiva de quienes se hallaren imputados en un proceso penal de adultos por la comisión de hechos criminales durante su minoría de edad habrá de ser inmediatamente adaptada a la nueva regulación legal tan pronto entre en vigor la LORPM, para lo que el Fiscal habrá de instar la adopción de la medida cautelar de internamiento que estime pertinente en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes a la vigencia de la Ley (párrafo 2.º del apartado 6 de la disposición transitoria única).

Como es bien conocido de los Sres. Fiscales, la entrada en vigor de la LORPM, que acaecerá el próximo día 14 de enero, obligará a emprender un trámite de revisión y acomodación al nuevo marco legal de todas las penas que hubieren sido impuestas a menores de 18 años como consecuencia de la ultravigencia de los artículos 9.3 y 65 del CP de 1973 proclamada en el punto 1, letra *a*) de la

disposición derogatoria de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprobatoria del CP.

Por su parte la vigencia del artículo 19 CP, temporalmente suspendida por mandato de la disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/1995, quedará activada sin restricción alguna, dejando de estar sujetos a los preceptos del CP todos los infractores que perpetraren el hecho criminal durante su minoría de edad, incluidos los que hubieren delinquirido con anterioridad a la vigencia de la LORPM, a quienes les será retroactivamente aplicable la nueva norma por razón de lo dispuesto en el artículo 2.2 del CP en su calidad de ley penal posterior favorable.

Para la revisión de las condenas firmes recaídas sobre menores infractores se habrá de atender a las reglas y trámites procedimentales previstos en los apartados 3, 4 y 5 de la disposición transitoria única de la LORPM, materia ésta que es objeto de tratamiento específico en el apartado XIII de la Circular núm. 1/2000 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la LORPM, a cuyo contenido nos remitimos.

No obstante, la presencia de internos en centros penitenciarios cumpliendo penas privativas de libertad impuestas por hechos cometidos durante su minoría de edad exige, ante la inminencia de la entrada en vigor de la LORPM, una rápida intervención del Ministerio Fiscal para la inmediata adecuación de la situación personal de estos reos al nuevo sistema penal.

En atención a estas situaciones, es preciso que los miembros del Ministerio Fiscal formen su criterio de revisión con una cierta anticipación a la entrada en vigor de la LORPM, y que de acuerdo con el mismo deduzcan ante los órganos judiciales sentenciadores la solicitud más adecuada.

Para ello deberán adoptar una postura procesal activa, reclamando de los Juzgados y Tribunales el envío de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las condenas, y del Equipo Técnico el correspondiente informe, reclamando también del centro penitenciario la información que precisen sobre períodos de condena extinguidos por cumplimiento efectivo, aprobación de redenciones, imputación de períodos de prisión preventiva e indultos parciales y en su caso la especificación del período de condena pendiente de cumplimiento a la fecha de entrada en vigor de la LORPM.

Recabada dicha información, habrán de dispensar un tratamiento diferenciado a los dos grupos de penados que distingue la disposición transitoria única de la LORPM en sus apartados 3 y 4 que son:

1.º Los que a la fecha de entrada en vigor de la Ley se hallen extinguiendo pena de prisión y tengan todavía pendiente de cumplimiento un período igual o superior a dos años.

2.º Los que en dicha fecha tengan pendiente de cumplimiento un período de prisión inferior a los dos años, bien porque la pena impuesta en sentencia fuera en origen de extensión menor a los dos años, bien porque siendo de duración superior, ya hayan extinguido una porción de la misma y la parte remanente sea inferior a los dos años mencionados. A éstos se suman los que estén extinguiendo penas privativas de libertad distintas de la prisión: responsabilidad personal subsidiaria o arresto de fin de semana de ejecución continua por previo quebrantamiento.

II. PENADOS COMPRENDIDOS EN EL SUPUESTO DEL APARTADO 3 DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA LORPM

Los internos del primer grupo podrán ver prolongada su situación de privación de libertad más allá de la fecha de entrada en vigor de la LORPM si el Juez de Menores decide aplicarles una medida de internamiento; para ello será necesario que el Fiscal se lo haya solicitado, pues en los Incidentes de Revisión de penas el Juez no podrá seleccionar medidas más graves o de mayor duración que las instadas por el Fiscal, en concordancia con las exigencias del principio acusatorio recogido en el artículo 8.

Esto significa que si el Fiscal, atendidas las circunstancias del hecho y las necesidades educativas del menor, decide no solicitar la imposición de una medida de internamiento y opta por una medida de naturaleza diversa, deberá simultáneamente adoptar las previsiones que sean necesarias para que el interno sea puesto en libertad.

Con este fin, dirigirá sin demora un escrito al Juez o Tribunal sentenciador solicitando su puesta en libertad con efectos a la fecha de entrada en vigor de la LORPM y ello sin perjuicio de solicitar del Juez de Menores la incoación del correspondiente Incidente de Revisión para instar la imposición de la medida educativa que haya considerado más adecuada.

Si por el contrario el Fiscal entiende que procede solicitar del Juez de Menores la sustitución de la pena por medida de internamiento, entonces dirigirá un escrito al Juez o Tribunal sentenciador reclamando el traslado del interno a un centro de reforma de menores en uso de la facultad judicial conferida por el artículo 65 CP 1973 –sustitución de la pena impuesta por internamiento en centro educativo– con el fin de que al día 14 de enero del 2001 el reo ya no se encuentre en una institución penitenciaria de adultos.

Ello igualmente sin perjuicio de que el Fiscal solicite del Juzgado de Menores la incoación del Incidente de Revisión y la aplicación de la medida de internamiento que estime más adecuada entre las previstas en el artículo 7 la LORPM, en el bien entendido de que el reo debe ver revisada su condena por el Juez de Menores a la mayor brevedad posible y en todo caso en un plazo no superior a los dos meses desde la entrada en vigor de la LORPM, de acuerdo con lo exigido en el inciso final del apartado 5 de la disposición transitoria única deja la LORPM.

Si de la documentación penitenciaria resulta que el interno tiene enlazada la pena de prisión con otras condenas privativas de libertad impuestas por hechos ejecutados durante su mayoría de edad, su permanencia en el centro penitenciario tras la entrada en vigor de la LORPM se justificará en el cumplimiento del resto de las condenas refundidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47.5.º LORPM en materia de ordenación de ejecución de penas y medidas si el Incidente de Revisión concluye con la aplicación de una medida de internamiento.

Finalmente, si el reo hubiese cumplido un período de prisión superior al límite máximo de extensión previsto para las medidas de internamiento en el artículo 9 LORPM, el Fiscal deberá solicitar del Juzgado o Tribunal sentenciador la puesta en libertad del mismo con efectos al día de entrada en vigor de la LORPM, pues el tiempo de condena cumplido le será abonado al cumplimiento de la medida por analogía con lo previsto para las medidas cautelares en el artículo 28.5.

III. PENADOS COMPRENDIDOS EN EL SUPUESTO DEL APARTADO 4 DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA LORPM

Para los internos del grupo segundo, esto es, para aquellos que tengan a la fecha de entrada en vigor de la LORPM pendiente de extinción un período de prisión inferior a los dos años, y para los que se hallen cumpliendo una pena privativa de libertad que no sea de prisión, esto es, una pena de responsabilidad personal subsidiaria al impago de multa o una pena de arresto de fines de semana de ejecución continuada por previo quebrantamiento, los Sres. Fiscales deducirán en todo caso ante el Juez o Tribunal sentenciador solicitud de libertad con efectos aplazados al día 14 de enero del 2001, pues la única medida posible de sustitución es la libertad vigilada.

Es indudable que con esta restricción en la modalidad de sustitución la vigencia de la LORPM impone la liberación del interno, sin perjuicio de que se inste del Juez de Menores la incoación del Incidente de Revisión en orden a resolver si procede aplicarle la medida de libertad vigilada o la mera declaración de cumplimiento de la pena y extinción de la responsabilidad penal.

IV. EL PROBLEMA ESPECÍFICO QUE PLANTEA LA PRISIÓN PREVENTIVA

La disposición transitoria única, apartado 6, prevé que los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la LORPM serán remitidos por el Juez o Tribunal competente al Ministerio Fiscal, al objeto de que por éste se proceda a la instrucción del procedimiento previsto en dicha Ley.

La entrada en vigor de la LORPM, por lo tanto, privará de competencia a los órganos de la jurisdicción penal de adultos para la adopción y el mantenimiento de medidas cautelares personales sobre los infractores menores, que pasarán a depender de la jurisdicción de menores.

Esto significa que la privación cautelar de libertad no podrá fundarse ya en las previsiones normativas del sistema penal de adultos, pues con arreglo a la disposición final séptima, párrafo 2.º de la Ley Orgánica 10/1995 y artículo 19 CP, este sistema habrá dejado de ser aplicable a los infractores menores de edad.

En este aspecto de la sucesión temporal de normas el problema más urgente lo plantean quienes actualmente se hallan en prisión preventiva. La reforma introducida por la disposición adicional tercera de la LOMUAAJ en el apartado 6 de la disposición transitoria única LORPM introduce una previsión específica que no se incluía en la redacción original de la Ley, en materia de adaptación de las medidas cautelares a la nueva regulación, exigiendo de un lado que los presos preventivos sean conducidos a centros de reforma de menores, y de otro que en el plazo de cuarenta y ocho horas inmediato a la entrada en vigor de la LORPM el Fiscal solicite del Juez de Menores, si estima procedente la prolongación de la medida cautelar de privación de libertad, la adopción de una medida de internamiento cautelar en los términos previstos en el artículo 28.2 LORPM.

De acuerdo con esta previsión normativa, los Sres. Fiscales procederán a estudiar la situación personal de los presos preventivos con el fin de decidir con una cierta anticipación a la entrada en vigor de la LORPM si estiman procedente que continúen privados de libertad, y si es el caso, adoptarán en consecuencia las me-

didadas que estimen oportunas para tener preparadas las pruebas de que vayan a valerse en la comparecencia cuya celebración habrán de instar del Juez de Menores de acuerdo con el artículo 28.2 LORPM.

Antes de tomar decisión alguna a este respecto los Sres. Fiscales habrán de tener bien presente que la medida cautelar de internamiento tiene una duración máxima de tres meses prorrogables por otros tres –art. 28.3 LORPM– y que el tiempo que el imputado hubiere pasado en prisión preventiva antes de la vigencia de la LORPM le habrá de ser computado en el cálculo de dicho límite cronológico, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional que atribuye naturaleza absoluta a los límites legales de las privaciones cautelares de libertad exigiendo el cómputo acumulativo de todos los períodos de privación de libertad sufridos en una misma causa –SSTC 147/2000, FJ 8; 98/1998, FJ 2–, por lo que se recomienda un uso prudente y mesurado de esta facultad.

Si el imputado se hallare también preso por otras causas penales distintas incoadas por hechos delictivos cometidos durante su mayoría de edad, la entrada en vigor de la LORPM no precipitará necesariamente el cambio de su situación personal, pues su permanencia en prisión podrá quedar amparada por los autos judiciales adoptados en dichas causas. Ello no obsta sin embargo para que se interese la imposición de la medida cautelar que se estime más adecuada en relación con los hechos cometidos durante su minoría de edad, para lo cual los Sres. Fiscales deducirán ante el Juez de Menores las peticiones que sean pertinentes de acuerdo con la LORPM.

Las instrucciones reseñadas habrán de ser puestas en práctica de un modo inmediato con el objeto de que los menores infractores actualmente internos en centros penitenciarios puedan beneficiarse el día mismo de entrada en vigor de la LORPM de la situación personal que mejor se acomode a los principios que informan el nuevo sistema de exigibilidad de responsabilidad penal.

INSTRUCCIÓN NÚMERO 2/2000. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LAS SECCIONES DE MENORES DE LAS FISCALÍAS ANTE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000 DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

La Ley Orgánica 5/2000 que definitivamente finaliza con la provisionalidad existente en la materia, atribuye una gran responsabilidad al Ministerio Fiscal, lo que ha de interpretarse, como de otra manera no podía ser, como una prueba de la confianza que en nuestra Institución deposita el legislador, debido ello sin duda alguna a la brillante labor que vienen desarrollando sus miembros en cumplimiento de la función que al Fiscal se atribuye en la todavía vigente Ley de 1992.

Siendo la nueva ley sumamente avanzada en su conjunto, no por ello deja de plantear problemas, unos desde el punto de vista técnico-jurídico, otros afectan al sistema de organización y funcionamiento de las Fiscalías para poder atender a todas las novedades que la nueva ley introduce. Con el fin de contribuir a resolver los primeros recientemente se ha elaborado una Circular que obra ya en poder de las Fiscalías, respondiendo la presente Instrucción, complemento de aquélla, a la misma finalidad respecto a los segundos.

El papel asignado en la nueva ley al fiscal se resalta en su exposición de motivos, en su doble función de promover la acción de la justicia y la defensa de la le-

galidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de estos. Por su parte, el artículo 6 define los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, configurándolo prioritariamente como Órgano defensor de los derechos que a los menores reconocen las leyes, al que se encomienda la vigilancia de que las actuaciones se efectúen en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, y todo ello desde la responsabilidad en la investigación de los hechos, el impulso del procedimiento que ha de instruir conforme al artículo 16.

La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone que en todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos necesarios.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, ya determinó que las Fiscalías de mayor extensión y con mayor volumen de asuntos de reforma constituyeran Servicios de Menores para atender esta materia ante su especial régimen jurídico y sector de población a quien se aplica.

El número de fiscales adscritos a estos Servicios se ha ido adecuando, atendiendo tanto al volumen de procedimientos en tramitación como a la dedicación exclusiva o compartida con otros cometidos. En algunas Fiscalías estos Fiscales se han venido encargando del despacho de los asuntos de Reforma y de los de Protección, lo que ha de considerarse sumamente positivo, siendo ello de otra parte lo aconsejable si las circunstancias lo permiten, ante las importantes vinculaciones de una y otra materia.

En Fiscalías más pequeñas, sin constituir propiamente una especialidad, el despacho de los procedimientos de Reforma se ha encomendado a fiscales concretos. Por último, solo algunas Adscripciones Permanentes de Fiscalías tramitan, en todo o en parte, procedimientos de menores por hechos cometidos en su ámbito territorial.

La especialidad de la reforma de menores, la necesidad de lograr una mejor preparación jurídica de los fiscales encargados ante los conflictos que se ventilan en estos procesos, y la necesaria unidad de actuación del Ministerio Fiscal, también en este campo, ha llevado a la programación y celebración de cursos de formación y perfeccionamiento para miembros de la Carrera Fiscal, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Instrucción 5/1993 de la Fiscalía General del Estado sobre los Planes Anuales de Formación de Fiscales.

Pues bien, la realidad actual de existencia de Servicios de Menores en las Fiscalías pasa a recibir carta de naturaleza con la constitución formal de las Secciones de Menores en la Ley Orgánica 5/2000, pretendiendo su integración con fiscales especialistas, así como la adecuación de la plantilla de la carrera fiscal y del personal colaborador de la Administración de Justicia para atender a las necesidades orgánicas resultantes de su aplicación y del servicio a desarrollar.

La Ley exige la formación de fiscales especialistas en materia de menores, atribuyéndoles preferencia para desempeñar el cargo en las Secciones correspondientes de cada una de las Fiscalías, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos (disposición final tercera y cuarta). Preferencia basada en la especialización, que en la reforma del Estatuto introducida por Ley 2/2000 de 28 de diciembre, se contempla desde una perspectiva funcional, al establecer que será valorada la realización de funciones anteriores, haber impartido o superado cursos, o haberse especializado de otra forma análoga en la materia (art. 18.1).

Las medidas para ampliar las plantillas de ambos Cuerpos están siendo adoptadas por las Administraciones estatal y autonómica competentes, lo que deberá complementarse con la dotación de medios materiales que faciliten la eficaz intervención que nuestro Estatuto contempla.

Con base en la experiencia lograda con la Ley Orgánica 4/1992, y dictada la Circular 1/2000 sobre los criterios de aplicación de la nueva Ley, a través de la presente Instrucción se complementa su tratamiento con algunas cuestiones convenientes al funcionamiento interno de las Fiscalías, al control y registro de los procedimientos de menores en la oficina fiscal y otros aspectos organizativos de las Secciones, con el fin de velar en todo instante por el principio de unidad de actuación, consustancial a nuestro Ministerio.

En respuesta a lo anteriormente expuesto, se abordarán cuestiones como las relativas a las condiciones que han de reunir los fiscales que de tal materia se encarguen, la ubicación de tales Secciones, el papel que han de desempeñar los Secretarios o funcionarios habilitados para el desempeño de tales funciones, programas de informatización, libros que han de llevarse, diligencias preliminares y expedientes, custodia de los mismos, carpetillas que han de abrirse, extractos que han de elaborarse, visados, juntas de sección, guardias, comunicaciones con otras fiscalías, resolución de las discrepancias que puedan surgir, piezas de responsabilidad civil y ayuda a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.

A esta Instrucción se acompañarán sendos Anexos conteniendo relación de documentos normalizados de tramitación e incidentes del proceso de menores, así como cuadros estadísticos, y que además se integran en el programa informático que se ha elaborado y que sin duda serán de gran utilidad a los fiscales.

El establecimiento del nuevo marco jurídico para exigir responsabilidad penal a los menores de edad y los diversos cometidos atribuidos al Ministerio Fiscal, justifica las previsiones organizativas, así como las reformas legales expuestas anteriormente.

Si por las funciones tradicionalmente encomendadas, el Fiscal ha de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente, conforme a las leyes en los términos y plazos en ellas señalados, esta eficacia ahora le es exigible al Ministerio Fiscal en la labor instructora que específicamente se le encomienda.

Pese a las dificultades de adaptación que el cambio legislativo supondrá, la preparación, dedicación y experiencia desarrollada durante estos años por los Fiscales, permitirá hacer frente al reto que la nueva ley supone para el Ministerio Público.

Secciones de Menores en las Fiscalías

Fiscales integrantes

La ampliación del ámbito personal de la nueva ley y los nuevos cometidos legales del Fiscal han determinado la ampliación de la Plantilla de la Carrera Fiscal para adscribir a este Servicio –que entrará en funcionamiento el día 14 de enero de 2001– los Fiscales precisos para ser desempeñado con eficacia.

El número de plazas creadas asciende a 129, todas ellas de la categoría segunda, sin perjuicio de la posible creación de otras 19 en los primeros meses del año 2001, completando así el total de las 148 previstas, y de instar la Fiscalía General del Estado sucesivos aumentos si las necesidades así lo aconsejaren o impusieren.

La Ley 5/2000 exige que los Fiscales sean especialistas, otorgándoles preferencia para desempeñar funciones en la Sección de Menores. El artículo 18.1 del Estatuto, reformado en virtud de la Ley 12/2000 de 28 de diciembre dispone que a las Secciones sean adscritos los Fiscales de las respectivas plantillas con preferencia de los que se hayan especializado por haber realizado funciones anteriores de esta naturaleza, hayan impartido o superado cursos de esta materia, o de forma análoga se hayan especializado.

A estos efectos, el Fiscal Jefe ponderará la formación en la materia del Fiscal y sus condiciones para intervenir en ella, tanto de los que actualmente desempeñan esas tareas como de los solicitantes para ocupar las nuevas plazas y desempeñar el cargo en la Sección de Menores.

Al tiempo de su constitución, cada Fiscalía deberá elaborar una Memoria de la situación en que comienzan a funcionar las correspondientes Secciones, tanto en lo que se refiere a instalaciones como a medios personales y materiales, debiendo remitir una copia de la misma, en el plazo de 10 días, a la Inspección Fiscal.

El Fiscal Jefe podrá designar un Fiscal entre los integrantes de la Sección de Menores que, además de ejercer los cometidos propios de cualquier Fiscal, tendrá la responsabilidad de coordinar las actividades propias del Servicio. La coordinación se extenderá a los casos excepcionales de delegación y colaboración de las Adscripciones. Será de su responsabilidad organizar la distribución de trabajo entre los Fiscales de la Sección, tras oír a sus integrantes y la aprobación del Fiscal Jefe. Regulará también el trabajo del personal colaborador, sin perjuicio de las funciones que al Secretario o funcionario habilitado correspondan.

Con arreglo al sistema organizativo de cada Fiscalía, las Secciones de Menores podrán seguir compartiendo actividades de Reforma y tareas de Protección. En Fiscalías con plantillas más reducidas, la Sección siempre estará constituida al menos por dos Fiscales, para hacer frente a situaciones que pudieran derivarse de hipotéticos traslados de los Fiscales encargados, permisos, enfermedad, etc. La dedicación podrá ser exclusiva o compartida con otras funciones, según las circunstancias concurrentes en cada Fiscalía lo aconsejen.

La aplicación de la Ley 5/2000, en lo que se refiere al sistema actual de distribución de trabajo de los Fiscales, exigirá su modificación por el Fiscal Jefe, previo debate en las Juntas que para tal finalidad deberán celebrarse en las Fiscalías. El reparto de trabajo que se determine respetará los criterios de equidad entre todos los Fiscales de los diversos Servicios de las Fiscalías y sus Adscripciones Permanentes. Por ello, la asignación al Servicio de Menores no impedirá que el Fiscal Jefe les atribuya otras funciones, lo que a la inversa también podrá ocurrir con los restantes Fiscales de la plantilla. La Circular 1/2000 prevé, en este sentido, que la Sección de Menores no tenga necesariamente que ser la encargada de despachar los incidentes de revisión de condenas, sino el Fiscal encargado de las ejecutorias de cada Juzgado o Tribunal, lo que sin duda impulsará al conocimiento por todos los Fiscales de la problemática de aplicación de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.

Las Actas conteniendo los acuerdos adoptados en las Juntas, estableciendo el nuevo sistema de reparto de trabajo y la composición de los Fiscales integrantes de las Secciones, serán remitidas con la mayor brevedad a la Inspección Fiscal.

Los Fiscales asignados a las Secciones de Menores, deberán ser titulares. Excepcionalmente, en el supuesto de que en una Fiscalía el número de sustitutos fuere muy alto, podrán destinarse a tal Servicio Fiscales de esta clase, exponiendo razo-

nadamente los motivos a la Inspección, para recibir en su caso la correspondiente autorización, cesando tal situación a medida que en la Fiscalía de que se trate se vaya incorporando fiscales titulares. En ningún caso el número de Fiscales sustitutos podrá ser superior al de la mitad de los que efectivamente integren la Sección.

Hasta pasado algún tiempo puede que no se conozca con exactitud la dimensión personal que deban alcanzar las correspondientes Secciones, porque es previsible la tramitación de un alto volumen de procedimientos de menores que se han de acomodar al régimen transitorio derivado de la atracción hacia su sistema de enjuiciamiento de procesos penales de mayores incoados antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, y también por los incidentes de revisión de sentencias. El transcurso del tiempo y el conocimiento práctico de los problemas que suscitará la intervención atribuida al Fiscal en el nuevo procedimiento permitirá desvelar y fijar con mas rigor las necesidades de medios personales de cada Sección de Menores de las Fiscalías.

El secretario de las Secciones de Menores

La modificación de los artículos 473 y 476 de la LOPJ (por Ley Orgánica 9/2000) supone el reconocimiento de la existencia de Secretarios en las Secciones de Menores de las Fiscalías, al establecer que aquéllos ejercen la fe pública y asisten a los Jueces, Tribunales y Secciones de Menores de las Fiscalías..., correspondiéndoles la jefatura directa del personal de la Secretaría de que son titulares, con respeto a las potestades de organización atribuidas a los Fiscales Jefes.

Aunque el artículo 483 de la LOPJ regula la forma de sustitución de los Secretarios, estableciendo que los Secretarios de los Juzgados se sustituirán entre sí dentro del mismo orden jurisdiccional. y cuando no fuere esto posible o lo aconsejaren las necesidades del Servicio, sustituirá al Secretario un Oficial, con preferencia de aquel que sea Licenciado en Derecho, la reforma de la LOPJ viene a implantar una especie intermedia de sustitución, con una peculiar asistencia conjunta del Secretario al Juzgado y a la Fiscalía. Concretamente en el apartado 4 del artículo 476, al regular la forma de cobertura de las plazas de Secretario en las Secciones de menores, se prevé que de no existir Secretario de estas Secciones, serán atendidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores.

Esta solución en ningún caso debe ser obstáculo para que se pueda llevar a cabo la habilitación en un oficial de la Fiscalía, que se realizará en los términos prevenidos en el artículo 9 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

Funciones

Las funciones que les corresponde realizar, sin perjuicio de las que específicamente les encomiende el Fiscal Jefe respectivo, serán las recogidas en los artículos 279 y 473 de la LOPJ, y que se concretan en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 del citado Reglamento.

Según el artículo 279, los Secretarios podrán expedir copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes interesadas bajo su responsabilidad, con sujeción a lo establecido en las leyes.

Asimismo corresponderá a los Secretarios la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial en la forma que determinen las leyes.

Por su parte, en el artículo 473.3 se dispone que a los Secretarios corresponde la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responden del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan.

Igualmente estará a su cargo la confección de la estadística.

Cuantas referencias al ámbito de lo judicial se contienen en la LOPJ serán de aplicación en las actuaciones que realicen en las Fiscalías.

Presunción de autenticidad de las diligencias realizadas por el Fiscal en los procedimientos de menores

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/89, de 8 de marzo, refiere que las diligencias de investigación del Fiscal no precisan del aval del Secretario Judicial que de fe de ellas porque no han de hacer prueba, carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción.

Por su parte, el Ministerio Fiscal —dice la Circular 1/2000— «no es un órgano jurisdiccional y, en consecuencia, no puede anticipar la prueba que ha de servir para fijar los hechos probados en sentencia; la única prueba de cargo eficaz para hacer exigible la responsabilidad penal es la que se practica en la vista oral de la audiencia, la instrucción del expediente constituye un mero trabajo preparatorio...».

Sin embargo, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozan de presunción de autenticidad (art. 5 del Estatuto). Esta presunción quiere decir que las diligencias gozan del beneficio de la verdad formal, hace fe de la realización efectiva de las diligencias y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido material, quedando siempre sometido a la apreciación judicial (Circular 1/89).

Por tanto, ante la previsión del artículo 5 del Estatuto, no modificada en sus términos por la Ley 5/2000, y que se mantiene en la nueva redacción que del mismo hace la Ley 12/2000, que lo reforma, las diligencias de procedimientos de menores necesariamente han de ser practicadas siempre ante el Fiscal instructor, y no requerirá para su validez de la intervención de ningún otro funcionario, debiendo observarse en la forma de esos actos todas las garantías legales.

No obstante, en determinadas actuaciones de la instrucción del expediente de menores (diligencias de reconocimiento, inspecciones oculares...) la presencia de Secretario puede adquirir otra dimensión.

El personal auxiliar en las Secciones de Menores

La Sección de Menores estará apoyada por personal colaborador que realizará las tareas propias de su puesto necesarias para atender los servicios (art. 488 LOPJ).

Los oficiales realizarán funciones de tramitación de asuntos, actos de comunicación, elaboración de actas y diligencias de constancia...; los auxiliares, funciones de colaboración en el desarrollo general de la tramitación, registro en libros o medios informáticos, actos de comunicación, sustitución en tareas del oficial...; los agentes, funciones de comunicación, porteo, análogas...

El personal colaborador deberá dar cuenta al Fiscal de los escritos y documentos que se presenten en los expedientes o diligencias preliminares de las que estén encargados, correspondiéndoles la llevanza de libros y registros, la documentación e igualmente la conservación de las actuaciones, responsabilizándose de la autenticidad de los hechos o actos que acrediten (art. 282.2 LOPJ).

Especial cuidado deberá adoptarse ante la recepción de escritos en las secretarías de las Secciones de Menores, pues la firma del acuse de recibo por un miembro del personal auxiliar de la Fiscalía es suficiente para acreditar la fecha en que la comunicación se ha recibido. (Consulta 3/1994, de 29 noviembre, sobre notificaciones por correo al Ministerio Fiscal.)

El personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del Fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de «dar vista del expediente» al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (art. 23.2 y 25 Ley), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado.

Programa informático

Para dar soporte técnico a la gestión de los expedientes que se han de tramitar en las Secciones de Menores, se ha diseñado un programa informático, estando previsto diseñar una aplicación integral de Juzgados y Fiscalías. Básicamente el programa, que se ha elaborado con la colaboración de Jueces y Fiscales designados por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, realizará las siguientes funciones:

- Registro y mantenimiento de asuntos.
- Tramitación informatizada de expedientes y piezas.
- Control de impulso procesal.
- Consultas.
- Expedición de libros, estadísticas y listados.

El sistema seguido para desarrollar el programa informático se ha basado en las líneas generales trazadas en la Circular 1/2000 de la FGE, por lo que responde a las necesidades que *a priori* se van a presentar en las Fiscalías, sin perjuicio de que puedan introducirse las correcciones y mejoras que resulten de su funcionamiento diario, para lo que se constituirá una Comisión de Control y Seguimiento del funcionamiento de la aplicación que reúna y valore las modificaciones propuestas al actual programa.

La necesidad de establecer un funcionamiento homogéneo en todas las Fiscalías, asegurando la plena aplicación del principio de unidad de actuación en una actividad que en muchos aspectos hay que considerar una novedad en nuestra legislación, requiere disponer de una herramienta que facilite a los Fiscales un conocimiento puntual del estado de los procedimientos que tramitan, que permita a los Fiscales Jefes el control del funcionamiento de la Sección, ya la Fiscalía Ge-

neral del Estado el de todas las Fiscalías. Por ello es preciso que cualquiera que sea el sistema informático utilizado en cada territorio, se garantice un sistema de comunicaciones capaz de proporcionar esta información de manera inmediata.

Además, para poder cumplir con esta exigencia, una vez implantado el sistema informático, toda la gestión de las Secciones de Menores deberá realizarse con este tipo de soporte, debiendo los Fiscales Jefes responsabilizarse de su correcta utilización.

Libros que llevarán las Secciones de Menores de las Fiscalías

Cada Sección de Menores llevará:

- Libro de diligencias preliminares.
- Libro de expedientes.
- Libro de expedientes de derecho transitorio.
- Libro de registro del auxilio fiscal.
- Libro de menores sujetos a medidas.
- Libro de piezas de convicción.
- Libro de consignaciones y cuentas.
- Libro de actas.

Los Libros podrán revestir la forma convencional cuando no se hayan implantado medios informáticos. Además, se conservarán debidamente archivadas las copias de las actas de las visitas a los Centros de Internamiento.

Ubicación de las Secciones de Menores

Las Secciones de Menores radicarán en las capitales sedes de las Fiscalías. Aunque razones prácticas determinan centralizar a través de las Secciones la intervención del Fiscal en materia de Reforma, excepcionalmente puede convenir la delegación de determinadas intervenciones de esta naturaleza en los fiscales de las Adscripciones. El reconocimiento de la realidad insular –la mayoría con Adscripciones de Fiscalía– y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla obliga especialmente en estos casos a conferirles atribuciones propias de los Fiscales asignados al Servicio centralizado.

Consecuencia de lo anterior, parece procedente que a la Sección se asignen Fiscales con destino en la capital sede de la Fiscalía, aunque excepcionalmente podrán serlo Fiscales destinados en Adscripción, y siempre sin perjuicio de la colaboración que deban prestar a la Sección de Menores desde las Adscripciones Permanentes cuando sea preciso.

Tratamiento de algunos aspectos de la dirección personal en la investigación e instrucción por el Fiscal

Las diligencias preliminares y los expedientes

La recepción en la Sección de Menores de denuncias en que aparezcan implicados menores, testimonios de procedimientos judiciales, o procedimientos pe-

nales en curso a que se refiere la disposición transitoria única regla 6 párrafo 1.º, determinará siempre la incoación –mediante decreto– de diligencias preliminares y su correspondiente registro en el programa informático. Por medio de nuevos decretos el Fiscal decidirá sobre la admisión o no a trámite, y sobre la continuación de la tramitación. La carátula de las diligencias preliminares o del expediente dejará constancia de sus datos de numeración, hechos y nombre del menor o menores.

Las actuaciones de la Fiscalía en materia de Derecho Transitorio y Auxilio Fiscal se registrarán como tales en la aplicación informática. Excepcionalmente y cuando la documentación recibida no guarde relación alguna con las anteriores materias, o se trate de comunicaciones de tipo gubernativo ajenas a cualquier proceso, se registrarán del modo especialmente previsto en la aplicación informática para «asuntos de otra naturaleza».

Cuando la autoridad policial curse al Ministerio Fiscal la comunicación sobre detención y lugar de custodia de los menores (art. 17), se procederá a la apertura de diligencias preliminares por la Sección de Menores, quedando estas diligencias a la espera de la recepción del atestado policial.

El control directo de las diligencias preliminares y expedientes será responsabilidad de los Fiscales de la Sección que los dirigen e instruyen, correspondiéndoles su impulso (art. 6) para evitar dilaciones indebidas con lesión del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de la colaboración que deba prestar el personal auxiliar.

Custodia de los expedientes

Los procesos de reforma de menores en tramitación se custodiarán siempre en dependencias de la oficina fiscal. Al expediente se incorporará cuanta documentación referente al mismo se produzca o reciba (acuses de recibo, copias de las resoluciones, y en especial las adoptadas en las piezas separadas de los expedientes...), debiendo también quedar unidas las copias fechadas de cuantos oficios se ordenen cursar. Especialmente se cuidará la incorporación a las diligencias preliminares del acuse de recibo notificando al perjudicado su archivo (art. 16.2 de la Ley 5/2000), o la remisión de testimonio a la entidad pública de protección de menores (art. 3).

La tarea de documentación y conservación de las actuaciones exigirá que los procedimientos de menores (diligencias preliminares y expedientes) a lo largo de su instrucción sean debidamente foliados o numerados para mantener su adecuada y rigurosa ordenación, especialmente antes de «dar vista del expediente», en el trámite de audiencia del perjudicado (párrafo 8 del art. 25) o de remitirlo concluso al órgano judicial.

El «expediente personal» del artículo 20 de la Ley

Cada Sección de Menores dispondrá en Secretaría de un fichero informático individualizado de cada uno de los menores sometidos en su territorio a expediente o a diligencias preliminares en que se haya desistido de la incoación de expediente (art. 18 de la Ley). El «expediente personal» del menor recogerá sus datos de

identidad y de todos los procedimientos –tramitación o concluidos– que tenga abiertos, así como la resolución y medidas adoptadas.

Las carpetillas

La Secretaría de la Sección de Menores abrirá una carpetilla de organización interna, al menos, desde el momento de remisión de los expedientes al Juzgado. En ella se hará constar, además de los datos del expediente, la intervención del Fiscal en la fase de instrucción y en la posterior de audiencia. En el interior de la carpetilla se guardará copia del escrito de alegaciones, del informe del equipo técnico, de cuantos documentos se considere oportuno conservar y del extracto de pruebas. En casos de acumulación por conexidad en un solo expediente, se dictarán los oportunos decretos de acumulación, y se anotarán tales circunstancias en carpetillas y libros u ordenador.

Extractos

A efectos internos, y de igual manera que para los procesos de mayores, los Fiscales deberán confeccionar extractos con un somero resumen de la prueba de los expedientes de menores cuando se confecciona el escrito de alegaciones. La finalidad que se persigue con este resumen es facilitar el conocimiento de la prueba practicada en el expediente al Fiscal de la Sección o Fiscalía que asistirá a la audiencia, como recuerda la Instrucción 1/1987 y dispone el artículo 116 del Reglamento. El extracto debe gozar de claridad, pudiendo acompañarse de copias de diversa documentación (atestado, declaraciones...) además de la del informe del equipo técnico..., pero en este caso, para permitir una adecuada y rápida comprensión de las pruebas, el Fiscal deberá destacar los apartados o párrafos de las fotocopias que sean procedentes.

Visados y consultas

Deben ser visados los escritos de alegaciones de los expedientes de menores, de igual forma que se viene haciendo con las calificaciones de los procesos de mayores. El deber de visado, que se llevará a cabo de acuerdo con las estructuras organizativas de cada Fiscalía, y normalmente por el Fiscal Jefe, en las Secciones de Menores de grandes Fiscalías –con importante volumen de trabajo y numerosos componentes de plantilla– podrá ser delegado.

Caso de disentirse del visado del Fiscal responsable de la Sección, se podrá acudir al Fiscal Jefe para que este resuelva definitivamente, como previene la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1987, de 30 de enero, sobre «normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal».

El sometimiento a visado debe extenderse a los proyectos de decreto en los que el Fiscal decida solicitar el sobreseimiento del expediente. También resulta conveniente realizarlo en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 de la Ley Orgánica 5/2000).

En estos últimos casos los acuerdos adoptados por los Fiscales deberán recoger motivación suficientemente justificadora de la decisión o pedimento, evitando esquetos y formularios dictámenes, exigencia de motivación establecida para los procesos de mayores en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993, de 16 de marzo.

Deberá quedar constancia del visado –reflejando la fecha en que se realizan– en las copias o borradores de los escritos, que se guardarán en las carpetillas abiertas a los expedientes, sin que tal intervención de control, cuya práctica resultará especialmente conveniente en los primeros momentos de aplicación de la Ley, deba suponer retardo en la tramitación de los procedimientos.

Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores

Su práctica debe servir para establecer criterios de actuación uniformes sobre cuantos temas se considere procedente relativos al ejercicio de la función u organización. Este mecanismo propiciará soluciones flexibles especialmente útiles en la materia que estamos analizando, donde debe primar la actuación en interés del menor, todo ello sin perjuicio del planteamiento de la consulta correspondiente al Fiscal Jefe, y en su caso, a la Fiscalía General del Estado.

Entre los criterios generales que deben discutirse en Junta, ya los que han de acomodarse los Fiscales de las Secciones de Menores en sus pautas de actuación, se halla la promoción de soluciones consensuadas que como recoge la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado, deben discutirse y establecerse en Juntas, valorando la problemática específica de la criminalidad en el territorio y la flexibilidad requerida en su ejecución ante el caso concreto, dentro de los criterios generales acordados.

Especialmente resulta conveniente fijar criterios uniformes para adoptar las soluciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley.

Guardias

El servicio de guardia se prestará por los Fiscales conforme a las directrices que el Fiscal Jefe imparta, que tendrá en cuenta la normativa sobre guardias establecida para cada Fiscalía. Podrán desempeñarlo tanto los Fiscales de la propia Sección como los del resto de plantilla de la Fiscalía.

En todo caso la organización interna de cada Fiscalía deberá garantizar la disponibilidad de los Fiscales para atender de inmediato la puesta a disposición de los detenidos, contando igualmente con el personal colaborador preciso, teniendo en cuenta que el menor detenido debe permanecer en esta situación el tiempo estrictamente necesario a los fines de la investigación (art. 17.4 y 5).

En las Fiscalías se adoptarán las medidas organizativas que aseguren la presencia efectiva de un miembro del Ministerio Fiscal en las declaraciones de menores detenidos cuando no estén presentes sus padres, tutores o guardadores, distinto del que sea o vaya a ser instructor del expediente. Esta presencia también tendrá lugar cuando el Fiscal instructor tome declaración al menor detenido (art. 17.2).

Habeas corpus

Cuando se formulen solicitudes de *habeas corpus* por menores detenidos gubernativamente o privados de libertad estando a disposición del Fiscal de menores, intervendrá informando su substanciación el Fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción competente (art. 17.6).

Los Fiscales cuidarán del respeto a las garantías de los menores detenidos que se recogen en el artículo 17 de la Ley, y especialmente de los tiempo máximos de detención previstos en el precepto.

Control de menores con medidas cautelares

Un registro específico se establecerá para control de los menores contra los que se acuerde medidas cautelares durante la tramitación del expediente, sean constitutivas o no de privación de libertad (art. 28).

El Fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, dará tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas, y se reflejará en su carátula inicial la medida cautelar adoptada, agilizándolo especialmente cuando ésta sea la de internamiento (Instrucción 1/1993, de 16 marzo, sobre líneas de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley 4/1992).

Comunicaciones con otras Fiscalías

El auxilio necesario para la práctica de diligencias acordadas en el curso de un proceso de menores y que hayan de efectuarse en territorio de otra Fiscalía, se solicitará directamente de su Sección de Menores, a través de cualquier medio de comunicación, incluso el telefónico. Se solicitarán a través de las respectivas Secciones de Menores la práctica de diligencias acordadas en un proceso de menores que hayan de realizarse en territorio de otra Fiscalía.

El auxilio, se insiste, se instará a través de cualquier medio de comunicación, de manera que quede suficientemente acreditada su procedencia. En el menor tiempo posible y debidamente se remitirá lo cumplimentado, recordándose en su caso la pendencia. Quedará constancia de la petición y del auxilio fiscal prestado mediante las oportunas anotaciones en los libros de auxilio fiscal que abrirán las Secciones de Menores.

Para evitar dilaciones, los fiscales adscritos a los Juzgados de Instrucción cuidarán que ante resoluciones judiciales de inhibición, por cometer los hechos investigados personas a las que es de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, se disponga la remisión de los procedimientos penales directamente a las Fiscalías en vez de a los Juzgados de Menores.

El informe del Equipo Técnico

El oficio con el requerimiento para la elaboración del informe se dirigirá por el Fiscal instructor directamente al Equipo Técnico, sin mediar intervención alguna

del Juzgado de Menores. En su caso se remitirá copia de la documentación del expediente que resulte precisa para facilitar su confección. El informe original se incorporará por el Fiscal instructor al expediente, remitiendo copia al Juez de Menores y al letrado del menor (art. 27).

Resolución de discrepancias

De suscitarse controversia entre dos Secciones de Menores de diferentes Fiscalías, por razón de la competencia para conocer de los hechos objeto de unas diligencias preliminares de reforma, de no existir acuerdo en sus comunicaciones, sin perjuicio de continuar la tramitación quien estuviere conociendo, se remitirá copia de ella con informe para su resolución al Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, si la misma fuera órgano fiscal superior común de ambas Secciones. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado.

Visitas a los Centros de cumplimiento de medida de internamiento y control de menores ingresados

Las Secretarías de las Secciones de Menores conservarán debidamente archivadas las actas, aun breves, que se levanten ante las visitas que los Fiscales periódicamente realizarán a los centros o establecimientos de internamiento de menores de su respectivo territorio, sean de régimen cerrado, semiabierto, abierto, terapéutico (arts. 4.2 Estatuto y 7 Ley 5/2000), estableciéndose un sistema de fichas para posibilitar el control activo del Ministerio Fiscal sobre los menores ingresados en ejecución de medidas impuestas.

Piezas de responsabilidad civil

La intervención del Ministerio Fiscal en la pieza de responsabilidad civil (arts. 61 y 62) quedará reflejada a través de la carpetilla inicialmente abierta al expediente o a las diligencias informativas en el caso del artículo 18, guardándose en su interior las copias de los escritos que presente el Fiscal o que le den traslado y de la resolución judicial definitiva.

Ayuda a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

Durante la fase de instrucción de los expedientes, cuidarán los fiscales de cumplimentar, cuando fuera procedente, la información de auxilios económicos, y de asegurar la incorporación al expediente de los elementos de prueba relativos a la realidad de los daños físicos y psíquicos sufridos por los agraviados para hacer posible la aplicación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, tal como dispone la Circular 2/1998 de la Fiscalía General del Estado, sobre ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Igualmente adoptarán en su caso las provisiones protectoras establecidas en la Ley de Protección de Peritos y Testigos (Ley Orgánica 19/94).

Tratamiento de la normativa de Reforma de Menores en las Memorias

La actividad del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, y el funcionamiento de las Secciones de Menores de las Fiscalías, será objeto de obligado tratamiento en las Memorias de las Fiscalías para su ulterior reflejo en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, lo que permitirá conocer los problemas suscitados, el alcance de sus causas y las dificultades que pueden encontrarse en la ley y el procedimiento. Igualmente se confeccionará una estadística empleando los documentos-modelo que se adjuntan. Estos datos serán también objeto de examen preceptivo en las Memorias.

Semestralmente deberá remitirse comunicación a la Inspección de la Fiscalía General del Estado con los datos estadísticos disponibles, a fin de conocer el alcance de las diligencias preliminares y expedientes incoados por las Secciones de Menores de las Fiscalías y su evolución, especificando su estado de actualización, así como cuantas sugerencias estime de interés V.E./V.I., sobre los problemas surgidos en la aplicación de la Ley para lograr más eficazmente el resultado que pretende esta Instrucción.

Excepcionalmente, para evaluar el funcionamiento de las Secciones y la carga de trabajo que pese sobre ellas, se remitirá a la Inspección Fiscal, antes del 28 de febrero de 2001, un resumen de las incidencias surgidas durante el primer mes de vigencia de la Ley a fin de poder afrontar las carencias que puedan haberse planteado, sin perjuicio de que si se produjeran deficiencias notables, que dificulten la correcta intervención del Ministerio Fiscal, se pongan inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía General para procurar solventarlas con la mayor urgencia posible.

Deberá V.E./V.I. acusar recibo a través de la Inspección Fiscal, haciendo al tiempo constar que la presente Instrucción se ha puesto en conocimiento de todos los Fiscales de la capital y, en su caso, de las Adscripciones Permanentes.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. (eds.): *Los problemas de la investigación empírica en Criminología. La situación española*. Edit. Tirant lo Blanch e Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2001, 139 páginas

Este libro es fruto de una de las reuniones anuales, celebrada por el denominado Grupo Nacional de Criminología, integrado por profesionales de las distintas ciencias del comportamiento (Derecho penal, Psicología, Sociología...) que, en el ámbito de la Universidad o de Instituciones oficiales (Policía...), llevan a cabo investigaciones relacionadas con la delincuencia o con espacios fronterizos a la misma. Desde que tuvo lugar su primera reunión en la ciudad de Barcelona, hace ya, aproximadamente, cinco años, ha venido produciéndose el correspondiente encuentro anual en distintos lugares de España e, incluso, de Portugal.

Aprovechando la inauguración de las nuevas instalaciones de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, su Director, el profesor Díez Ripollés, invitó a dicho Grupo para que, con otros invitados, debatiera en torno al tema del Seminario que, con esta ocasión, se había convocado, para los días 8 y 9 de octubre de 1999, bajo el título «Los problemas de la investigación en Criminología y sus posibles soluciones».

Este libro recoge las ponencias, dentro de aquél, asignadas, en su mayoría, a personas pertenecientes a dicho Grupo, y el resumen de los contenidos del correlativo debate.

Para reflexionar sobre los obstáculos encontrados, en España, a la hora de acceder fuentes de información empírica para analizar la delincuencia, se ofrecieron tres ponencias, que obedecen, respectivamente, a los títulos incluidos en la obra que se examina: «Encuestas de victimización», expuesta por Per Stangeland, profesor de dicho Instituto de Criminología; «Estadísticas policiales», desarrollada por M. Hernández Lores, Jefe de la Sección de Investigación del Instituto de Estudios de Policía; «La estadística como instrumento de la política judicial», ela-

borada por J. L. de Benito, Letrado del Consejo General del Poder Judicial, y S. Pastor, del Centro de Investigaciones en Derecho y Economía.

En relación con las encuestas de *victimización* (método consistente «en preguntar a una muestra representativa de la población qué tipo de delitos ha sufrido durante el último año»), Stangeland asegura que se trata de una técnica prospectiva que se ha mostrado eficiente en otros países (Estados Unidos, Holanda, Inglaterra...) como ayuda para los análisis de las tendencias y evolución de la delincuencia, referida, sobre todo, a determinados delitos de la delincuencia común. Afirma que, sin embargo, en España, a pesar del número notable de las mismas que se ha llevado a cabo, no han aportado datos muy apreciables para dichos fines. Ello, según él, se debería a la inadecuada aplicación de las mismas, confundiendo sus pautas y empleando modelos inidóneos. Habrían existido desviaciones, sobre todo, en cuanto al tiempo, la población, la muestra, las técnicas de entrevista, las personas entrevistadas y la presentación de las formas de tipificar los hechos... «A pesar –dice– de que todas han sido financiadas por dinero público, no han mantenido una uniformidad de métodos, muestras y preguntas entre cada tanda de encuestas».

Hernández Lores ofrece el proceso de elaboración de la estadística policial en España, relacionada con la delincuencia: cómo se recogen los datos, cómo se procesan en orden a su posible explotación, de tal manera que, mediante el adecuado tratamiento de los datos directos o primarios, su correlación con los datos indirectos o secundarios, y mediante la investigación de datos desconocidos a través de métodos específicos (encuestas propias o ajenas...) se pueda acceder a una información verdaderamente valiosa del estado de la criminalidad en nuestro país.

Así, al conocimiento del fenómeno delincencial en cuanto tal, a la evolución del mismo, a la comparación de la delincuencia entre distintas regiones, a la contextualización de los fenómenos delictivos dentro de los sociales, a la señalización de las estructuras concomitantes, a determinar el alcance de los elementos subjetivos en la ponderación de la seguridad ciudadana...

El autor advierte que, a pesar de que en España existe un modelo policial plural y heterogéneo, no hay una notable dispersión y descoordinación de datos, que, en el caso de darse, menoscabaría la confianza en el informatizado «Programa Estadístico de Seguridad». «La apariencia –comenta el autor– de semejante cantidad de cuerpos y funcionarios a la hora de recoger información hace pensar en un caos difícil de solventar, máxime si se tiene en cuenta que los juzgados también pueden y deben recoger denuncias de los ciudadanos. La apariencia al final no refleja la realidad, pues lo cierto es que las policías locales recogen escasas denuncias que no pasen por el Cuerpo Nacional de Policía o la Guardia Civil. [...] Solamente algunas denuncias ante los juzgados, o ante los

Mossos d'Esquadra se escapan al control del programa Estadístico de Seguridad.»

En relación con estas estadísticas, se recalca la importancia que ha de darse a los Sistemas de Información Geográfica, instauradas en el Cuerpo Nacional de Policía dentro del Programa Policía 2000.

Con respecto a las estadísticas *judiciales*, De Benito y Pastor reflejan, en su exposición, una situación poco halagüeña. Valga, por todas, las siguientes observaciones de los propios autores: «La información de que dispone la sociedad española sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia es, por lo general, escasa y de muy baja calidad. La información estadística, más en concreto, es, además, estrecha de miras, dispersa, tardía y costosa. Difícilmente puede entenderse cómo pueden tomar decisiones los llamados «operadores jurídicos», y singularmente los responsables de la política jurídica, con una información tan pobre como la existente. Si aun conociéndola resulta difícil cambiar la realidad, ¿cómo ha de ser cuando se desconoce tanto! Seguramente, el problema más importante al que se enfrenta cualquier estudioso de la actividad judicial de nuestro país es la enorme deficiencia de sus estadísticas. Éstas incurren con demasía en errores graves, carecen de continuidad, no son sistemáticas y, sobre todo, carecen de rigor tanto en su fuente originaria como en la elaboración y tratamiento ulteriores. Aunque nos consta que las autoridades implicadas están realizando esfuerzos recientemente para mejorar la situación, la información estadística disponible en estos momentos es poco menos que patética».

Además de las precedentes fuentes de información, se recogen, en la presente obra dos trabajos referentes a la posible contribución criminológica con ocasión de elaborar, reformar o evaluar la legislación penal. Estos dos trabajos son debidos respectivamente, a la profesora E. Larrauri Pijoan, con su estudio: «Aportación de las ciencias sociales a la elaboración de reformas en la legislación penal», y a la profesora R. Barberet, que escribe sobre «Evaluación de reformas penales y planes de prevención».

La profesora E. Larrauri sostiene que las investigaciones criminológicas pueden ser de gran utilidad al Derecho penal en cuanto que pueden informarle a la hora de diseñar estrategias de prevención de los delitos, la necesidad, o no, de acudir a una ley penal o de preferir alguna otra alternativa, a configurar mejor las penas, de aplicar mejor las leyes y de ofrecer respuestas más idóneas a los delincuentes, sea que se les trate en medio cerrado o en medio abierto. En fin tales investigaciones pueden ayudar al legislador a hacer seguimiento de los efectos producidos. Por las leyes penales aprobadas y puestas en vigor.

No obstante, la autora concluye que el divorcio entre criminología y elaboración de las leyes penales, en nuestro país, es casi absoluto. Lo que evidentemente explica, decimos nosotros, las lagunas y falta de con-

cordancia con la realidad con que nacen nuestras leyes penales que, al poco tiempo y por tales motivos, se ven sometidas a una cadena interminable de reformas y la reforma de las reformas.

La profesora Barberet, por su parte, afirma la necesidad de llevar a cabo evaluaciones científicas (no son suficientes ni el sentido común ni las inercias o costumbres administrativas) de las reformas penales y de los planes de prevención. Es preciso hacer seguimiento, de forma objetiva, sistemática y rigurosa, de aquéllas, para saber si cumplen los fines para se hicieron, para detectar las posibles lagunas, desfases o disfunciones de las mismas o de su aplicación. Se podrá, así, proceder a las pertinentes rectificaciones con conocimiento de causa.

Para estas evaluaciones, la Criminología, en cuanto forma parte de las Ciencias Sociales, puede contribuir muy eficazmente.

Las evaluaciones pueden ser, entre otras, de necesidades, de procesos, de impacto o de resultado. Pueden basarse en la denominada *monitorización de programas*. Existen evaluaciones comprensivas y evaluaciones de la evaluabilidad.

La autora atribuye, para las evaluaciones criminológicas, un papel descollante a la aplicación del método experimental.

La profesora Barberet asegura, además, que la Criminología teórica puede contribuir, muy positivamente, a la planificación de las intervenciones respecto de la prevención de la delincuencia y de la victimización. Así, por ejemplo, mediante la aplicación de las teorías cognitivas conductuales, de las teorías de la disuasión y del apego social o de las teorías de prevención situacional (éstas, sobre todo, para las víctimas).

Se advierte que, en España, no existen, o apenas existen, las evaluaciones criminológicas respecto de las reformas jurídicas.

El libro termina con una «relación de los debates», elaborada por la profesora A. I. Cerezo Domínguez.

Para concluir, decimos que estamos ante una obra que expone, con claridad y sistema, un conjunto de ideas, sugerencias y conclusiones, que están en la conciencia y en la literatura de no pocos especialistas, pero que hay que seguir dándolas a conocer hasta que los responsables de planificar y ejecutar la política legislativa, judicial, penitenciaria y policial se convenzan de que, sin ponerlas en práctica, no se puede construir tales políticas con un mínimo de rigor. Su lectura, además, sería muy conveniente para juristas, en formación o no.

CÉSAR HERRERO HERRERO

Doctor en Derecho, Graduado Superior en Criminología,
Profesor de Derecho penal y Criminología

MARÍN PEIDRO, Lucía: *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. Biblioteca Fundación Retevisión, Madrid, 2000, 181 páginas

Es un hecho manifiesto que las denominadas «Nuevas Tecnologías» están consolidándose, en nuestras sociedades postindustrializadas, como un instrumento imprescindible para una gran parte de su actividad, tanto la lícita como la ilícita. Y, si ello es así, parece obligado afirmar que su incidencia tiene que afectar, y afecta, a las distintas ramas del Ordenamiento jurídico. Incluido, por supuesto, el Derecho penal.

Precisamente, a uno de esos comportamientos antijurídicos graves, perseguidos por el Derecho punitivo, llevados a cabo a través de la más usual de aquellas técnicas, se refiere el presente estudio de L. Marín Peidro, donde se describe, sobre todo (se habla también de contenidos nocivos), las más frecuentes figuras penalmente típicas que están apareciendo en Internet y donde se tratan, en cuatro apartados, los aspectos más íntimamente relacionados con esta cuestión.

En el primer apartado se hace referencia, de forma sintética, a todos los asuntos abordados en el libro: Los contenidos en Internet y los problemas que plantean. Qué ha de entenderse por contenidos ilícitos y nocivos. Quién es responsable de los contenidos ilícitos en dicha «Red». Cómo combatir tales contenidos. Cómo proteger, de ellos, a los menores. Cómo incrementar la seguridad en el empleo de Internet.

Se hace mención específica a España, con relación a esta materia, en la mayoría de tales apartados.

En el segundo de tales apartados («La información, las herramientas y los actores de Internet») se ofrece el concepto de contenido ilícito que la autora entiende en este contexto, configurándole como el susceptible «de entrar en el ámbito de aplicación de las normas penales de un determinado país». Entre los más descolantes de esta índole ofrecidos en Internet se enumeran los referentes a la pornografía infantil y las perversiones pornográficas, la difamación, el racismo, el antisemitismo, diversidad de conductas violentas, la lesión de los derechos de propiedad intelectual...

Estos contenidos pueden ofertarse a través de cualquiera de las «herramientas» de Internet, pues cualquiera de ellas puede servir de soporte a esas informaciones prohibidas. «... Si hasta no hace mucho tiempo los delincuentes se comunicaban a través del teléfono, fax o correo ordinario, ahora se comunican en tiempo real en los *chat* o se envían correos electrónicos de la misma manera que haría cualquier otro internauta.» Estas herramientas propias de Internet, que también utilizan estos delincuentes, se reducen, de manera fundamental, a las conocidas como: «Telaraña Mundial» o «World Wide Web» (WWW), «Transferencia de Archivos» (FTP), «Correo Electrónico» (E-mail), «Listas de distribución» (*mailing lists*), «Grupos de noticias» (*News Groups*), «Conversaciones en tiempo

real» (*chat*), «Buscadores» o «Herramientas de búsqueda de la Información» (*Search engines*)...

En la difusión de estos contenidos participan muchas personas, tanto físicas como jurídicas (proveedores, intermediarios técnicos). E incluso, los usuarios que, con frecuencia, intercambian informaciones. ¿Son todas éstas personas penalmente responsables?

De esa posible responsabilidad (además de la civil) se ocupa el apartado 3 del libro ahora examinado. Se ofrece, a este respecto, una visión de tales responsabilidades, con relación a proveedores de contenidos ilícitos, de los intermediarios técnicos (operadores de telecomunicaciones, proveedores de servicios de Internet...) teniendo en cuenta el punto de vista de las legislaciones (y la Jurisprudencia) de algunos países de nuestro entorno (Reino Unido, Alemania, Francia...). Se recalca que, sobre este particular, sólo Alemania posee legislación específica, representada por la denominada Ley Multimedia, de 1997. El resto de Estados de dicha área aplican el régimen general *tanto con respecto a la responsabilidad penal como civil*, por lo que atañe, al menos, a los proveedores de contenidos ilícitos.

«Los proveedores de contenidos –resume la autora– son responsables de sus acciones. Esto, además de ser un principio generalmente admitido en todos los ordenamientos jurídicos, lo recuerda la Comisión Europea en su *Comunicación sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet de 1996*. De este modo, un proveedor de contenidos ilícitos es responsable de los contenidos que genera o difunde en Internet a través de cualquiera de las aplicaciones de la Red, ya sea correo electrónico, sitios web o mensajes en los grupos de noticias o listas de distribución.»

En conexión con la cuestión precedente, se hace referencia a la identificación de dichos proveedores y el derecho a la *privacidad*.

Más dificultad entraña el atribuir, o no, responsabilidad (penal o civil) a los intermediarios técnicos cuando intervengan, exclusivamente, en funciones de pura mediación técnica. La autora trata este problema a la luz, sobre todo, de la Ley inglesa *Defamation act* (1996), de la ya citada norma alemana *Ley Multimedia*, de 1997, la Ley estadounidense publicada, en octubre de 1998, con el nombre de *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*, de la Propuesta de *Directiva de Comercio Electrónico* de 1998, elaborada por la Comisión de la UE, modificada en 1999, y del Ante-proyecto español de «*Ley de Comercio Electrónico*» del 2000.

Con matices y determinados requisitos, se concluye que los intermediarios solamente pueden ser considerados penal y civilmente responsables de los contenidos ilícitos, introducidos por los «clientes», en tanto en cuanto tengan el deber jurídico de supervisión de los mismos y ello les sea técnicamente posible. Pero no cuando sean meros «transportistas» de la información penalmente vedada.

En cuanto a la responsabilidad penal de los usuarios, se afirma que pueden incurrir en la misma, «al descargar de la Red material ilícito,

siempre que la conducta esté tipificada como delito.» Es el caso, por ejemplo, de Francia y Reino Unido. Se castiga a algunos de usuarios (relacionados, concretamente, en casos de adquisición de pornografía infantil) por cooperación necesaria, ya que, a decir de las Sentencias correspondientes (de juez francés e inglés, respectivamente) «... gracias a sus pagos, el acusado ha contribuido a mantener las redes pederastas...».

«... Sin los consumidores finales, ... dispuestos a pagar por este material, no habría mercado para esta porquería.» En España, como advierte la autora, la simple posesión o adquisición de este material no es delito. Sólo si la posesión está destinada a realizar alguna de las conductas tipificadas en el artículo 189 b) del CP, redactadas de acuerdo a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

El apartado cuatro del libro hace referencia a la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en Internet. Se propugnan medios preventivos y represivos. Se insiste, acertadamente, en que, dado el carácter transnacional del medio que transmite esta clase de información, ha de irse a la aproximación legislativa, también en materia penal, para perseguirla, por parte de los distintos Estados, llevando su cooperación, lo más ágilmente posible, al campo de la acción policial y judicial. Se enfatiza, asimismo, en que por tratarse de delitos relacionados con elementos materiales de entidad técnica y revestidos, en su proceso de preparación y ejecución, de modos sofisticados, es necesaria, para su investigación, calificación y determinación de responsables, la posesión, por parte de Policías y Jueces, de una cualificada especialización.

Con el fin de llevar a efecto una protección preventiva de los menores frente a los contenidos ilícitos y nocivos de Internet, se apunta a técnicas de filtrado y bloqueo de los contenidos, a su calificación moral, a las llamadas «guarderías virtuales» («portales» especializados en contenidos para menores...), educación de los menores usuarios para la utilización responsable de Internet...

En fin, se proponen, también, los «Códigos de conducta», como forma de autorregulación de los contenidos y servicios por parte de los proveedores. Y se mencionan las denominadas «líneas directas» (*hot lines*) como medio de denuncia, para los usuarios, con respecto a la existencia de tal clase de contenidos.

El libro incluye un Anexo en el que se incluyen los textos principales, de índole jurídica o afín, y que se citan a lo largo del estudio, publicados por Organismos Internacionales, Comunitarios y Nacionales.

Creemos, pues, que se trata de una obra que, además de actual por su contenido, ofrece un panorama básico, pero riguroso y bien expuesto, de las formas delictivas más frecuentes que aparecen en Internet y de las posiciones jurídico-penales que los Ordenamientos jurídicos han empezado adoptar ante las mismas. Desde luego, se trata de un estudio a recomendar como conveniente iniciación para aquellos penalistas, criminólogos y cul-

tivadores, en general, de las ciencias del comportamiento, que no estén aún incurso en el estudio de estos delitos o infracciones gravemente antisociales.

CÉSAR HERRERO HERRERO

Doctor en Derecho, Graduado Superior en Criminología,
Profesor de Derecho penal y Criminología

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*. Editorial Tecnos, Madrid, 2000, 210 páginas

Sin duda alguna, el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria es uno de los preceptos de esta venerada Ley que más polémica ha suscitado en los más de veinte años de aplicación de la misma. Un simple repaso a la jurisprudencia constitucional y a las resoluciones de los diversos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria dará buena prueba de ello. Es por eso que debe de ser acogido de forma muy favorable un trabajo, serio y riguroso, como el que ahora comentamos: *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, del que es autora Margarita Martínez Escamilla, profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid y ex Letrada del Tribunal Constitucional.

Hemos de comenzar este comentario realizando una precisión conceptual a fin de que el posible lector de la obra no caiga en el error de pensar, al leer el título, que sólo va a encontrar en sus páginas un estudio jurídico de los problemas que la suspensión e intervención de las comunicaciones ocasionan al sujeto sometido a la medida cautelar que la prisión preventiva representa. El término «preso» se utiliza en el título de la obra de una forma genérica, como sinónimo de todo recluso.

Arranca el libro desde la necesaria delimitación del tema en sede constitucional: a saber, el derecho del secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución *versus* el derecho a la intimidad personal y familiar garantizado en el número 1 del mismo precepto. En este sentido, se afirma que en los supuestos de intervención de las comunicaciones, esto es, de la interceptación de su contenido, tanto los derechos consagrados en el número 1 como en el 3 del artículo 18 de la Carta Magna se ven afectados. En el supuesto de suspensión de los contactos, es decir, prohibición o denegación de la autorización para comunicar con determinadas personas, podría reputarse afectado el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), si bien comprendido como comprensivo del derecho a iniciar y mantener relaciones con otras personas, contenido éste que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también viene

atribuyendo al derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio de Roma. Igualmente resulta defendible localizar ese derecho a comunicar dentro del ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, al poderse considerar la libertad de comunicar como objeto implícito y presupuesto del derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución.

Producido el primer enmarque, la autora pasa a establecer una segunda acotación constitucional, referida ésta al fundamento legitimador de las intervenciones de las comunicaciones de los reclusos, cuestión que, como sabemos, se polariza en torno a la asunción o no de la catalogación «relación de especial sujeción» de la relación jurídica que une al interno de un Centro Penitenciario con la Administración Penitenciaria. Y aquí la posición mantenida, crítica con ese tipo de catalogación, coincide con la que he mantenido desde hace años. Nadie discute que el *status* jurídico de la persona que se encuentra ingresada en una prisión es sustancialmente más reducido que el del ciudadano libre. Pero las restricciones a los derechos que el interno soporta no están legitimadas en una decimonónica teoría administrativista nacida para crear zonas opacas al Derecho sino por la peculiaridad de la propia regulación que el Ordenamiento jurídico, arrancando desde el artículo 25.2 de la Constitución, hace de ella.

Sobre esta sólida cimentación se realiza una cuidada exégesis del artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, empezando por el estudio de los presupuestos materiales de las restricciones de las comunicaciones de los reclusos que expresamente la Ley prevé (art. 51.1 *in fine*): seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento. A continuación, y siguiendo la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha sentado sobre el tema, se analizan los requisitos que el concreto acuerdo restrictivo debe de tener, resaltándose de forma particular la importancia de la motivación del mismo. Y es que, como dice la Profesora Martínez Escamilla, en el momento de la aplicación de la normativa, la motivación del acuerdo de suspensión o intervención se muestra imprescindible para constatar que la limitación del derecho fundamental en cuestión responde a un auténtico conflicto entre la libertad de comunicar o su secreto y los intereses penitenciarios mencionados expresamente en el artículo 51.1 de la Ley Penitenciaria, y que dicho conflicto se ha resuelto de forma correcta, siendo para ello de gran utilidad el criterio de la proporcionalidad. Como se nos recuerda, la importancia de la motivación es tal que la jurisprudencia constitucional ha derivado de su ausencia o insuficiencia la lesión del derecho fundamental consagrado en el artículo 18 de la Constitución.

Especialmente crítico se presenta el trabajo que comentamos con la previsión legal de la intervención judicial en materia de restricción de las comunicaciones penitenciarias, y ello por un doble motivo. En primer lugar, no ya porque sea la Administración, concretamente al Director

del Centro Penitenciario, al que corresponda la decisión de adoptar la restricción sin que exista una resolución judicial previa (salvo el supuesto de la intervención de las comunicaciones con Abogados), sino que el régimen legal tan sólo prevé una mera dación de cuenta *a posteriori*. En este sentido se afirma que la justificación de la supresión de la garantía de la resolución judicial previa no es ni mucho menos evidente, por lo que, partiendo de que dicha garantía ha sido considerada como característica definitoria del derecho al secreto de las comunicaciones, cabría cuestionar que los correspondientes preceptos de la legislación penitenciaria superen el segundo baremo del juicio de proporcionalidad, es decir, el principio de necesidad, el cual no se satisface si el fin legítimamente perseguido podía alcanzarse igualmente con un menor sacrificio del derecho en cuestión. En segundo lugar se critica la falta de uniformidad que el Reglamento Penitenciario de 1996 (cuyo avance respecto al derogado de 1981 valora positivamente la autora en otros aspectos) dispensa a la hora de determinar la autoridad judicial a quien corresponde tener conocimiento de la restricción según el sujeto pasivo de la misma sea un detenido o preso (en cuya caso la competencia recae en la autoridad judicial de quien dependa dicho detenido o preso) o de penados (atribuida a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria). Esta bifurcación de atribuciones, expresamente recogida en el artículo 43.1 del Reglamento Penitenciario se entiende contraria a los dictados del artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que atribuye a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria el control de la legalidad de la actuación administrativa y la salvaguarda de los derechos de los internos, sin diferenciar en este caso entre detenidos, presos y penados. Pues bien este criterio interpretativo ha sido asumido posteriormente por nuestro Tribunal Supremo en Auto de 29 de marzo de 2000 al entender que la competencia para la autorización de las intervenciones a presos es también de competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y no de la autoridad judicial de quienes éstos dependan, pues el Reglamento penitenciario no tiene rango normativo suficiente para realizar una atribución competencial distinta a la señalada de forma general en el artículo 76 de la Ley Penitenciaria.

En el capítulo II la autora aborda el estudio de lo que ella denomina «régimen especiales» del artículo 51 de la Ley Penitenciaria, incluyendo como tales los supuestos de las restricciones a las comunicaciones de los internos con su abogado, las realizadas con autoridades y profesionales, las comunicaciones telefónicas y las realizadas entre internos. Dentro de ella sobresale el interés prestado, dada su trascendental importancia, al supuesto contemplado en el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria, esto es, el relativo a las comunicaciones del interno con su Abogado defensor y con el expresamente llamado con asuntos penales, así como con el Procurador que le represente. Como se afirma, estas comunicaciones requieren una especial reflexión, entre otras razones, por la particular dimensión

constitucional que presentan, ya que en ellas pueden aparecer implicados, junto a los derechos fundamentales del artículo 18, el derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal (art. 24.2 de la Constitución) e incluso el derecho de asistencia letrada del detenido (art. 17.1 del texto constitucional). Pese a ello se constata la deficiente y oscura regulación que de estas restricciones hace el artículo 51 números 2 y 5 de la Ley Penitenciaria. Ante ello, y después de un depurado estudio de los antecedentes legislativos de esta redacción, se llega a la conclusión, respaldada en las previsiones que el artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal realiza al respecto, de que la *voluntas legislatoris* no fue otra que la de preservar de posibles restricciones, en aras al derecho de defensa, a este tipo de comunicaciones, las cuales sólo podrán ser intervenidas por orden judicial por razones de una investigación delictiva y nunca por meras razones penitenciarias, criterio éste, por cierto, asumido por el Tribunal Constitucional en 1994 (Sentencia 183/1994, de 20 de junio) cuando cambió la interpretación que de los números 1 y 5 del artículo 51 de la Ley Penitenciaria (comunicaciones de internos terroristas con sus Abogados). Precisamente sobre esta última cuestión, y por tratarse una caso complejo en el que se pueden observar muchas de las cuestiones abordadas en el libro, el capítulo final del mismo se dedica al pormenorizado estudio del llamado «caso Gorostiza».

En definitiva, el libro *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso* se ha convertido, por todo lo dicho, en un referente de obligada consulta para todo aquel que quiere conocer en profundidad ese complejo elemento regimental que es la restricción de las comunicaciones penitenciarias.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA
Universidad de Alcalá

MESTRE DELGADO, Esteban: *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*.
Editorial Edisofer, Madrid, 2001, 238 páginas

En la presente monografía el Dr. Esteban Mestre, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, aborda el estudio de una causa de justificación, recogida hoy en el artículo 20.7 del Código penal, que tradicionalmente ha sufrido una evidente relegación, tanto por parte de la doctrina como por la práctica judicial. En tal sentido, es bastante esclarecedor el hecho de que no exista en nuestro país, hasta la que ahora comentamos, una monografía dedicada en exclusividad a su estudio y que en

tan sólo ocho ocasiones nuestro Tribunal Supremo haya apreciado su aplicabilidad. Ante estos datos, parece lógico que el autor se cuestione ya en el capítulo I si estamos a presencia de una eximente superflua. Para dar respuesta a este interrogante se estudia con detenimiento y acierto el ámbito objetivo clásico de aplicabilidad teórica de esta eximente y se concluyen que hoy resultan totalmente inadecuados los referidos al auxilio propio o las vías de hecho, los derechos disciplinarios, los llamados actos de rivalidad, los derivados del ejercicio de actividades profesionales y el incorrectamente denominado derecho de corrección paterna respecto a los hijos, con lo que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho quedaría así limitado a los resultados típicos que puedan provocarse en la práctica deportiva realizada conforme a las reglas de la competición y con el cuidado debido para el ejercicio de cada modalidad deportiva (sin perjuicio de que, en algunos casos, deba entrar también en juego la teoría del riesgo permitido, como criterio de valoración jurídico penal de las conductas) y a los actos de ejercicio de derechos reales, en especial el derecho de retención y las servidumbres de paso.

Pese a lo anterior, esto es, su limitado contenido y un proceso de banalización y descrédito que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho ha ido sufriendo a lo largo de su historia, la virtualidad de esta causa de justificación pasa, en la actualidad, por la integración en la misma (de «fusión por absorción», haciendo valer el símil mercantil, habla el autor) de las causas supraleales de justificación que desde los años setenta han surgido mor a la promulgación de la Constitución española, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la irrupción del Derecho comunitario.

En efecto, en primer lugar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1986 y del Tribunal Supremo desde 1993 han reconocido al ejercicio de derechos y libertades fundamentales fuerza de exclusión de la antijuridicidad. Y es que las conductas que suponen el ejercicio de un derecho o libertad fundamental, o son expresión de una garantía institucional básica, no pueden constituir nunca el objeto de una norma penal, porque éstos operan como causas excluyentes de la antijuridicidad. En consecuencia, desde la entrada en vigor de la Constitución es necesario incluir el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales entre las causas que permiten, en un Ordenamiento penal democrático de Derecho, excluir la antijuridicidad de las conductas aparentemente delictivas, argumento que se deriva de la legitimación constitucional positiva de este Ordenamiento, si bien este resultado es igualmente coherente con la función preventiva y motivadora de la norma penal.

Igual acontece con las libertades básicas del Ordenamiento comunitario europeo. Y es que la jurisprudencia comunitaria tiene establecido de manera reiterada que de las normas comunitarias derivan para los ciudadanos sujetos a los distintos Ordenamientos nacionales verdaderos y pro-

pios derechos subjetivos que las jurisdicciones internas están obligadas a tutelar. El análisis de esta jurisprudencia nos ofrece interesantísimos ejemplos de esta eficacia justificadora del cumplimiento, por los ciudadanos comunitarios, de normas de este Ordenamiento, en los casos en que, con tal comportamiento, se vulneran prohibiciones internas sancionadas con medidas penales. Es más, desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1979 (caso *Ratti*) es un principio general del Ordenamiento comunitario que ningún Estado miembro puede aplicar sus leyes internas, aún no adaptadas a una Directiva, después de fijado el plazo para su adaptación, a una persona que se haya ajustado a las disposiciones de dicha Directiva, y ello aunque la norma interna contenga sanciones penales.

Por lo que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere éste, con una perspectiva coincidente a la utilizada por el Tribunal Constitucional español, ha determinado la eficacia justificante en el ámbito penal de las conductas que supongan ejercicio de derechos y libertades fundamentales garantizados en el Convenio de Roma.

Sentado lo anterior el autor se adentra en la búsqueda de un modelo dogmático explicativo de las nuevas realidades jurídicas antes señaladas (capítulo III), intentando dar respuesta al interrogante de si la exigente de ejercicio legítimo de un derecho tiene o no virtualidad para articular la eficacia justificante del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales (consagrados en la Constitución, en el Ordenamiento Comunitario o en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) en el ámbito de los procedimientos penales o si, por el contrario, existen en el Ordenamiento español dos cauces alternativos, aunque paralelos, para hacer valer, en sede penal, la eficacia justificante de los derechos y libertades fundamentales: por un lado, la exigente del ejercicio legítimo de un derecho (cuyo ámbito objetivo de aplicación estaría configurado por los derechos de configuración legal y los derivados de la costumbre y los usos sociales) y, por otro, la aplicación directa, por su trascendencia normativa, de esos derechos y libertades configurados así como auténticas causas legales de justificación penal.

Llegados a este punto, y después de un detenido estudio de los modelos alemán e italiano, el Profesor Mestre concluye que los derechos fundamentales y las libertades públicas conforman también el concepto nuclear de la exigente del ejercicio legítimo de un derecho ya que, esencialmente, son derechos públicos subjetivos, cuyas diferencias fundamentales respecto de los derechos ordinarios radican en su capacidad de vincular al legislador, en su protección reforzada y en los criterios que deben emplearse para constatar la legitimidad de su ejercicio. Pero nada hay en su naturaleza, ni en las modalidades de su ejercicio, que les excluya del ámbito de aplicación de la exigente estudiada. Las tesis de la diferenciación (que postulan que la exoneración de la responsabilidad por el

ejercicio legítimo de los derechos ordinarios debe instrumentarse por el cauce de la eximente del artículo 20.7 del Código penal, mientras que la justificación de las conductas que supongan el ejercicio de derechos fundamentales o de libertades públicas debe derivar directamente de tales derechos y libertades, como causas supraleales de justificación) no puede prosperar por, al menos, tres razones: *a)* Porque la aplicabilidad de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho a los actos de ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas no implica en modo alguno una limitación de éstos, sino, muy al contrario, el reconocimiento de un cauce específico para que desarrollen, en el ámbito de la jurisdicción penal, la eficacia justificante que le es propia; *b)* Porque el contraste de la legitimidad del ejercicio del derecho fundamental o la libertad pública, que ha de hacerse, en virtud de esa eximente, para constatar tal eficacia justificante no se efectúa con normas penales, sino con parámetros constitucionales, que los Jueces y Magistrados del orden penal pueden interpretar y aplicar cotidianamente; y *c)* Porque en definitiva, tanto el cauce de la eximente legal, como el de las causas supraleales de justificación, conducen a los mismos resultados, tras efectuar las mismas operaciones de constatación de la legitimidad del derecho ejercido en cada caso, por lo que, existiendo en el Ordenamiento una eximente de ejercicio legítimo de un derecho, carece de coherencia el mantener una vía paralela de reconocimiento de una misma eficacia exonerante y para su uso en la misma sede jurisdiccional.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA
Universidad de Alcalá

Recensión a *Der Zweistufige Deliktsaufbau (La estructuración del delito en dos niveles)*, de Klaus RINCK. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 131), Berlín 2000, 495 páginas

I

El extenso trabajo de Rinck, dirigido a distancia por Roxin, pretende a partir del tratamiento de la teoría del error (casos en los que las representaciones del autor sobre su acción no coincide con la realidad) invalidar la tradicional configuración analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable, considerando más adecuada una distinción entre injusto y culpabilidad que fusione en un concepto unitario tipicidad y antijuridicidad. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no son según esta monografía elementos del delito del mismo rango. Los dos primeros no son más

que una esquematización gráfica para simplificar pedagógicamente las explicaciones. La originalidad de este trabajo es que pretende desarrollar esta propuesta dogmática sobre bases distintas –aunque aproveche algunas ideas– que la teoría de los elementos negativos del tipo (en España, Luzón Peña) que tuvo su origen en el siglo XIX y que fue objeto de un vivo debate tras la segunda guerra mundial en Alemania que se ha acabado apagando. La teoría de los elementos negativos del tipo no superó en ese momento histórico-dogmático las objeciones realizadas con inteligencia desde la doctrina final de la acción (Welzel, Hirsch, Armin Kaufmann) con el objetivo de mantener su teoría estricta o pura de la culpabilidad. Por ello la gran aportación del libro de Rinck radica en contribuir a apagar los últimos rescoldos del finalismo que todavía quedan en la doctrina del delito dominante. No es extraño que se trate de un discípulo de Roxin y que su trabajo se pueda entender como una continuación –con una perspectiva de más de cuarenta años– de la tesis de Roxin sobre tipos abiertos que inició su construcción alternativa al ontologismo finalista que tan decisiva ha resultado para la actual situación de la dogmática jurídico-penal. Demuestra una especial perspicacia afrontar esta cuestión hoy en día cuando cada vez es más evidente que la dogmática alemana dominante sigue un camino distinto al señalado por la doctrina final de la acción. En la medida que la Ciencia Penal española presenta estas mismas características no se puede negar el interés de esta monografía.

Su punto de partida es que lo que Rinck denomina la parte del Derecho Penal referida al hecho (el injusto) tiene un fundamento único: el principio de la lesión de intereses lo más leve posible (minimización de la lesión de intereses) y, por tanto, se trata de un ámbito homogéneo. Es decir, el monografista unifica todo el injusto bajo el principio de la ponderación de intereses. Rinck no pone en entredicho la distinción entre injusto y culpabilidad (como ha hecho recientemente Lesch a partir de los presupuestos de su maestro Jakobs) sino que parte de la corrección del tratamiento del tema que Schünemann ha llevado a cabo en la doctrina alemana (traducción en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*). Básicamente considera que el injusto es un juicio sobre el hecho (la perturbación social) y la culpabilidad un juicio sobre el autor (evitabilidad). Ello tiene una importancia básica para el tratamiento que dispensa a los temas que son objeto de su monografía. Sin embargo, a pesar de su defensa de la distinción entre injusto y culpabilidad (*vid.* p. 474), se puede englobar este trabajo en una línea creciente de crítica a la estratificación tradicional de la teoría jurídica del delito motivada por la funcionalización de sus categorías. En realidad, Rinck basa la distinción en que la calificación de una conducta como injusto permite la imposición de sanciones penales distintas a la pena como las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, mientras la afirmación de una conducta como típica carece de consecuencias. Desde esta perspectiva, si entendiera como Jakobs que

el Derecho Penal no tiene más consecuencia que la pena, tendría que asumir que ni siquiera se podría hablar de una distinción bipartita. Sin embargo, Rinck, que parte de una escuela dogmática con presupuestos diferentes, no asume una posición de partida tan radical, aunque parece que la teoría del injusto pasa así a depender exclusivamente de los presupuestos que el Derecho positivo exija para imponer una medida de seguridad además de la peligrosidad criminal.

Rinck divide su libro en cuatro grandes partes bien diferenciadas: 1. En la primera expone su punto de partida. 2. En la segunda se ocupa del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. 3. En la tercera, de los supuestos de concurrencia de elementos objetivos de las causas de justificación sin elementos subjetivos. 4. En el cuarto apartado expone su propuesta para fundamentar su tesis: la división del delito en dos niveles.

PRESUPUESTOS DEL TRABAJO

El trabajo empieza con un apartado sobre el principio de la lesión de intereses lo más leve posible (pp. 21 ss.) como fundamento del injusto. El autor entiende las causas de justificación como excepción a una prohibición absoluta de lesionar bienes jurídicos (pp. 50 ss.) y parte de la idea de que el ordenamiento jurídico sólo permite y fomenta aquella acción que ofrece un mejor saldo tras un juicio relativo a la menor posibilidad de injerir en intereses ajenos. Por ello considera que es el principio de la lesión de intereses más leve el criterio definitivo para distinguir el ámbito de lo jurídico y lo antijurídico. Injusto es una conducta contraria al principio (concretado en cada norma) de la menor lesión de intereses posible (p. 55), es decir, una conducta que lesiona intereses reconocidos jurídicamente en mayor medida de lo que según las circunstancias sería posible o necesario (pp. 56, 72). Sólo los casos más graves pasan a ser cualificados como merecedores de pena.

Para la dimensión objetiva del injusto a Rinck le basta con constatar que ha existido una acción humana, que un bien ha sido lesionado sin el consentimiento de su titular y que no se ha visto realizado un interés de más peso en ese caso concreto (o éste se ha realizado en una medida superior a lo necesario). Es decir, que constatando una lesión de un bien jurídico sin consentimiento del titular, ésta era necesaria para preservar otro interés de mayor entidad y no era posible una menor lesión. El dolo y la imprudencia tienen como objeto esa ponderación objetiva. El tipo subjetivo (dolo e imprudencia) según Rinck no debe ir referido sólo a los elementos recogidos en la correspondiente figura delictiva sino al tipo global, completo o total de injusto (elementos típicos más inexistencia de causas de justificación). El injusto doloso de resultado es la infracción

consciente y voluntaria del principio de la lesión de intereses más leve (el injusto imprudente, la infracción potencialmente consciente y voluntaria). El tipo global o unitario de injusto tiene su correspondencia subjetiva en el dolo global de injusto. La culpabilidad es en ambos casos la capacidad del individuo de llevar a cabo una correcta valoración jurídica del suceso y de actuar de acuerdo con esa comprensión. Con este punto de partida considera satisfactoriamente fundamentados los supuestos normales o estándar de justificación en los que concurren todos los requisitos objetivos y subjetivos.

También a partir de estos presupuestos expone sus soluciones a los casos en los que no existe coincidencia entre los elementos subjetivos y los elementos objetivos. Es decir, cuando concurren unos u otros:

– Los casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación deben ser tratados como cualquier supuesto de error de tipo (pp. 74 ss.). Tanto el que yerra sobre un elemento del tipo como el que yerra sobre la presencia de un contexto justificante no perciben que están causando un daño o creando un peligro o, en todo caso, que no lo están causando en mayor medida de lo preciso en el caso concreto. Los supuestos de error sobre los elementos del tipo y sobre los presupuestos de las causas de justificación son injustos equivalentes que se merecen la misma pena. Para afirmar la existencia de un injusto doloso no basta con la presencia del dolo típico (de la realización dolosa de los elementos del tipo legal) sino de un dolo global del tipo de injusto. En los supuestos de error de elementos objetivos de las causas de justificación no existe un injusto doloso.

– En los casos en los que concurren los presupuestos objetivos de las causas de justificación con ausencia de los elementos subjetivos (pp. 201 ss.), denominados como casos de error inverso, rechaza las soluciones de la impunidad total defendidas por las teorías objetivas (Spendel, pp. 207-223) y las de la imposición de la pena del delito consumado (pp. 223-246), defendiendo el castigo de estos casos como tentativa (pp. 246-251). Rinck considera, a diferencia de la doctrina alemana dominante, que se debe llevar a cabo una aplicación directa y no analógica de la regulación de la tentativa.

Este autor asume estas conclusiones como materialmente correctas ya que coinciden con las de la doctrina dominante. Sin embargo, intenta demostrar cómo otros planteamientos dogmáticos presentan la objeción frente a su propuesta de que sólo llegan a estas soluciones satisfactorias mediante aplicaciones analógicas (bien de las reglas del error de tipo o de la tentativa) o soluciones *ad hoc*. Según el monografista, una división bipartita del delito permite resolver dogmáticamente mejor estas constelaciones complejas de casos a diferencia del tradicional análisis tripartito.

Siendo imposible exponer aquí detalladamente una posición desarrollada en casi quinientas páginas voy a exponer sus críticas al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de prohibición como ejemplo de su enfrentamiento dialéctico con los representantes del finalismo, especialmente con Hirsch. Ello es debido al parentesco de su posición con la tradicional teoría de los elementos negativos del tipo que ha sido mayoritariamente rechazada en Alemania desde la monografía de Hirsch de 1960. La importancia histórico-dogmática de la monografía de Hirsch es que sus críticas estaban destinadas a defender la teoría estricta o pura de la culpabilidad, por lo que afectan a todas las posiciones que no comparten sus planteamientos con respecto al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Por ello Rinck intenta buscar a lo largo de su monografía sobre el error otras premisas para su defensa de una teoría jurídica del delito que tenga sólo como momentos de valoración el injusto y la culpabilidad. Como expone Rinck, la teoría de los elementos negativos del tipo no ha sido más que una construcción para configurar una teoría del delito en dos niveles desde la perspectiva subjetiva que, en definitiva, es lo que él pretende con su trabajo.

EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El tratamiento como error de prohibición

En la monografía se expone cómo la denominada teoría estricta o pura (*strengte Schuldtheorie*) de la culpabilidad (pp. 75-90) es una construcción ligada a la escuela finalista (aunque con notables excepciones entre sus filas) que hoy en día tiene una relevancia prácticamente histórica en Alemania. Según esta teoría este tipo de error ya no puede ser definido como un error de tipo y debe ser tratado consecuentemente como un error de prohibición (§ 17 CP alemán). A pesar del silencio del legislador los finalistas consideran desde sus puntos de partida que no cabe una aplicación analógica de las reglas del error de tipo ya que existe dolo típico y por ello se trata ya de un injusto doloso.

Esta teoría se ha defendido con dos argumentos dogmáticos importantes: uno el que la posición contraria supone una vuelta a la teoría de los elementos negativos del tipo y otro que el tipo cumple una función de llamada de atención para el autor que lo realiza dolosamente. Por otro lado, también se ha argumentado que al poder ser castigados todos los delitos en caso de error de prohibición evitable (en España y Alemania) se evitan lagunas de punibilidad y se proporciona una mejor protección de bienes jurídicos.

Rinck recoge las críticas que se han dirigido por parte de la doctrina dominante: conduce a tratar de forma desigual supuestos equivalentes, a resultados prácticos insatisfactorios por la amplitud de pena que permite la regulación del error de prohibición en el Código Penal alemán (disminución de pena sólo facultativa) y extiende la punibilidad hasta ámbitos donde el legislador ha querido que el Derecho Penal tenga una intervención restringida (básicamente hechos dolosos con conocimiento de su antijuridicidad). Según el monografista desde una perspectiva dogmática habría que reprocharle a los partidarios de esta teoría la vieja objeción formulada desde la teoría de los elementos negativos del tipo de que se introduce en el ámbito del error de prohibición un error que versa sobre la realidad (sobre el hecho) y no sobre la valoración que tiene el ordenamiento de esa realidad (o de ese hecho). De esa manera se mezclarían en la misma clase de error constelaciones con un contenido muy diferente o, en realidad, se acabarían construyendo tres tipos distintos de error (de tipo, sobre presupuestos fácticos de causas de justificación y el error de prohibición en sentido estricto). Rinck critica también convincentemente el peso material que autores como Welzel le conceden a la tipicidad en el ámbito del injusto como un juicio con un contenido normativo propio como materia de prohibición y la supuesta función de llamada de atención que cumple el tipo para el autor doloso (no así para el imprudente) en una línea ya seguida por un sector de la doctrina (*vid.* por todos, Jakobs, PG, 11/47, con más referencias, y Luzón Peña, PG, pp. 474 ss.).

El tratamiento como error sui generis entre el error de tipo y el error de prohibición

Un sector de la doctrina alemana mantiene materialmente una teoría estricta salvo en sus consecuencias (el error sobre los presupuestos objetivos es un supuesto de error de prohibición pero es mejor tratarlo como si fuera un error de tipo) que se puede también entender como una teoría restringida o limitada de la culpabilidad por sus consecuencias jurídicas (pp. 91-112). De hecho en muchas ocasiones estos autores son tratados indebidamente como partidarios de la teoría limitada o restringida de la culpabilidad. Estas posiciones que no tienen una denominación unitaria en la literatura (teoría de la analogía, teoría de la culpabilidad con tratamiento asimilado al error de tipo, teoría de la remisión a las consecuencias jurídicas, etc.) y que reconocen su origen en la propuesta de Gallas son, con más o menos matices, las dominantes en la actualidad en el campo de la manualística y los comentarios en Alemania. Lo que las caracteriza es que quieren dispensarle al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación el tratamiento del error de tipo (§ 16 CP alemán). Sin embargo, por la indudable influencia del finalismo y de los argumentos apor-

tados desde la teoría restringida de la culpabilidad, estos autores reconocen, a diferencia de lo que hace la teoría de los elementos negativos del tipo y la teoría limitada o restringida de la culpabilidad, que el injusto doloso no desaparece por este tipo de error sino que sólo se vería «disminuido». Sigue existiendo una conducta dolosa aunque deba tenerse en cuenta el error sobre ciertos datos de la realidad. De aquí surge la teoría de la doble posición del dolo: en estos casos existe dolo típico pero no cabe llevar a cabo un reproche de culpabilidad dolosa. El dolo, debido al error, no aparece como portador del «desvalor de la actitud» característico de los hechos dolosos. Por ello el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación hace desaparecer el dolo culpable aunque se mantenga el dolo típico.

En la monografía se señala correctamente como no se puede englobar a estos autores dentro de la teoría estricta de la culpabilidad porque ésta parte en sentido contrario de la idea de que el que actúa con un error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación no manifiesta un dolo típico, por ello es por lo que no se le puede reprochar ni castigar una culpabilidad dolosa. La consideración del injusto como doloso o no doloso (imprudente) ha hecho que las diferencias para la teoría jurídica del delito entre una posición y otra se hayan centrado en el tratamiento de los partícipes y en el problema de la tentativa.

Rinck resume las críticas que se merece esta posición influenciada por las aportaciones finalistas:

Desde un punto de vista dogmático se le ha reprochado su carácter híbrido, sus fricciones dogmáticas y la escasa claridad de sus presupuestos (¿por qué establecer diferencias dogmáticas con el error de tipo si el autor al final es castigado exactamente igual en ambos casos?). Al final estos autores también mantienen tres tipos de error distintos, ocupando el error que nos ocupa una posición intermedia entre el error de tipo y el error de prohibición. En realidad al que actúa con un error sobre presupuestos fácticos no se le quiere tratar en el ámbito amplio de penalidad del error de prohibición porque no se trata de un autor que manifieste una actitud enemistosa o indiferente frente al ordenamiento. Por ello se introduce una artificiosa construcción *ad hoc* (el dolo en la culpabilidad o la doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad) para llegar a la solución que se considera materialmente más adecuada. Como reprocha Rinck a esta posición, haciendo uso de una vieja terminología, el autor ha actuado en estos casos con imprudencia de hecho (no con imprudencia jurídica), por lo que le falta ya el dolo –aunque sea disminuido– relativo al hecho. La inexistencia de una actitud enemistosa o indiferente tiene su origen en la incorrecta representación del hecho como tal. Por otro lado, si el error relativo a la situación de justificación es materialmente un error de prohibición, ¿por qué si existe un injusto doloso va a reconocerse que el error evitable elimina la culpabilidad dolosa?

Desde un punto de vista material señala Rinck las fricciones de esta solución en el marco del Derecho Penal alemán así como los tratamientos desiguales de aspectos subjetivos idénticos que provoca esta perspectiva al considerar que se trata en realidad de un error de prohibición que se trata como si fuera un error de tipo.

Rinck expone de forma diferenciada la peculiar posición de Jakobs (pp. 112-133). Este último autor parte de la idea de que la regulación del Código Penal alemán vigente resulta insatisfactoria y por ello propone la solución que considera más acorde *de lege data* y otra distinta que según él sería materialmente más adecuada *de lege ferenda* para tratar estos tipos de error. En la monografía, que se centra en la exposición del manual, se expone cómo *de lege data* Jakobs mantiene en esencia una posición similar a los anteriores en cuanto a sus conclusiones –lo cual es asumido expresamente– aunque desde una fundamentación dogmática distinta. Incluso se mantienen soluciones similares para los partícipes y para los casos de tentativa. Las diferencias residen en que Jakobs considera que para el Derecho Penal alemán vigente el hecho representa un injusto y una culpabilidad dolosa y el tratamiento del error es un problema de determinación de la pena. Se trata de un autor con dolo típico pero que subjetivamente se mantiene fiel al Derecho. Por ello ni quiere hacer uso de las reglas del error de prohibición (para evitar las críticas que ha sufrido la teoría restringida) ni plantea una aplicación analógica de las reglas del error de tipo ya que quiere castigar también los supuestos donde no está tipificada expresamente la modalidad imprudente (se sigue tratando de injustos dolosos mínimos). *De lege ferenda* Jakobs prefiere un tratamiento unitario del error (fusionar §§ 16 y 17 del Código Penal alemán) contemplando una atenuación facultativa en los supuestos de evitabilidad para todos los delitos.

Rinck considera que en la posición de Jakobs se ponen de manifiesto también los problemas de asumir una división tripartita del delito, ya que la división entre tipicidad y antijuridicidad establece ya una diferencia entre los supuestos de error sobre los elementos típicos y de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación: en el segundo caso existe ya una realización dolosa del tipo aunque Jakobs asuma que el dolo del autor está también impregnado en este segundo caso por la creencia errónea de encontrarse en una situación justificante. Ello es lo que provoca que este autor defina en el manual este tipo de error como un supuesto peculiar. Para Jakobs ya no se trata materialmente ni de un error de tipo ni de un error de prohibición, sino de un injusto doloso atenuado. Por ello su propuesta consiste en esencia en castigar el delito como doloso con una pena atenuada a la adecuada a la imprudencia en los casos de evitabilidad o vencibilidad. Por ello denomina su posición como teoría de la culpabilidad dependiente, entendida como teoría (estricta o pura) de la culpabilidad que hace depender el castigo de los supuestos de errores sobre

presupuestos de causas de justificación de la pena contemplada por el Derecho vigente para la imprudencia. Sin embargo, Rinck señala cómo en el manual Jakobs pone continuamente en entredicho este punto de partida de que se trata de un injusto doloso y no de un injusto imprudente que le alejaría de la teoría restringida de la culpabilidad (por ejemplo, negando la función indiciaria del tipo) mostrando muchos puntos de contacto con ésta. Rinck pone de manifiesto inteligentemente las dificultades que este problema *sui generis* representa en la coherencia del edificio dogmático de Jakobs y como su solución *de lege data* de atenuar la pena a partir del marco legal del delito doloso correspondiente resulta difícilmente compatible con el Derecho positivo. Por esta última razón Rinck considera que desde la perspectiva de Jakobs una solución más acorde con el Derecho positivo sería la propuesta por Krümpelmann en ZStW 90, aunque tampoco ésta queda exenta de una acertada crítica (pp. 133-142).

El tratamiento como error de tipo: la teoría restringida o limitada de la culpabilidad (pp. 142-199)

Esta teoría, dominante en la literatura especializada fuera de los manuales y comentarios, se diferenciaría de las anteriores según la clasificación de la monografía en que parte de la idea de que se debe tratar este tipo de errores como un error de tipo. Por ello sin mayores problemas propugna una aplicación analógica de la regulación del error de tipo. Como señala Rinck como objetivo de su trabajo, si no se acaba de propugnar una aplicación directa sino sólo analógica de las reglas del error de tipo, es para evitar las objeciones que tradicionalmente se han entendido como válidas contra la teoría de los elementos negativos del tipo. A partir de esta idea central, como señala Rinck, son notables las diferencias entre unos y otros autores de tal manera que incluso se plantea con gran detalle si la denominación sigue siendo correcta y todos los autores que son englobados en esta posición deben serlo. Rinck caracteriza esta posición como intermedia entre la anteriormente expuesta teoría restringida de la culpabilidad sólo por sus consecuencias (Gallas) y la teoría de los elementos negativos del tipo, representando materialmente el intento de mantener los resultados de la teoría de los elementos negativos del tipo en el marco de una teoría jurídica del delito en tres niveles.

La cuestión dogmática decisiva para a ser para el monografista cómo fundamentar la aplicación analógica del error de tipo (§ 16 CP alemán). Para ello intenta llevar a cabo un desarrollo fructífero de la referencia de un sector destacado de la doctrina alemana (Herzberg, Kuhlen, Roxin) a un dolo del tipo global de injusto como fundamentación de la idea de la aplicación analógica. Se trataría de un «gran dolo» que englobaría al «pequeño dolo» como mero dolo del tipo legal. Rinck reprocha a las posicio-

nes más cercanas que siendo ésta la mejor solución para resolver satisfactoriamente las cuestiones relativas al error se acaban produciendo fricciones por no querer renunciar a la distinción entre tipicidad y antijuridicidad en el ámbito del injusto. Rinck se pregunta qué sentido tiene constatar que el autor ha actuado dolosamente pero no ha realizado un injusto o un delito doloso. Según este autor se hace uso de una terminología diferenciada que carece de una función dogmática clara. Por ello considera que la teoría restringida de la culpabilidad debería volver la vista a ciertos presupuestos de la teoría de los elementos negativos del tipo. A partir de esta idea Rinck critica ciertos dogmas sobre los que se basa la distinción entre tipicidad y antijuridicidad para construir sobre ello su propia posición. Como conclusión Rinck considera que la teoría restringida de la culpabilidad puede aportar una respuesta satisfactoria si extiende el concepto de dolo al de dolo global, total o unitario del tipo de injusto y asume el mero papel indiciario del tipo legal.

LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DE RINCK

Esta propuesta de considerar el injusto como un juicio homogéneo y el dolo de forma unitaria como dolo global del injusto exige por parte de Rinck responder de forma satisfactoria a ciertas críticas que han servido para mantener la división tripartita del delito como doctrina dominante (pp. 309 ss.). Aunque no deja de ocuparse de las diversas objeciones que se han formulado en la doctrina alemana (pp. 449-467) el centro del debate gira alrededor de las críticas de Hirsch a la teoría de los elementos negativos del tipo por la relevancia de la monografía de este autor sobre el tema (pp. 391-449). Rinck pretende demostrar que su monografía no se ve afectada por dichas críticas que han desactivado en el seno de la doctrina alemana las aportaciones dogmáticas de la teoría de los elementos negativos del tipo.

En la monografía se tratan con gran profundidad las dos principales dificultades que hasta ahora se ha encontrado la teoría de los elementos negativos del tipo:

El conocimiento de los elementos normativos del tipo (pp. 323-352)

El concepto unitario de injusto siempre ha tenido problemas con el criterio dominante de la valoración paralela en la esfera del profano como criterio para determinar el dolo con respecto a los elementos normativos. Tras criticar esta doctrina Rinck pretende recuperar la vieja distinción entre error de hecho y error de Derecho (pp. 346 ss.) –que considera que materialmente coincide con la de error de tipo y error de prohibición– y

considera más adecuado tratar los errores en este ámbito de acuerdo con la flexibilidad del § 17 CP alemán relativo al error de prohibición. El autor considera que en atención a los diversos tipos de autor se debe permitir que en casos de ceguera ante los hechos por desinterés se pueda castigar el error como un supuesto doloso (por ejemplo, en casos de profesionales altamente cualificados en el marco de su actividad profesional). *De lege ferenda* propone la introducción de criterios específicos de determinación de la pena. En relación al autor criterios como su profesión, conocimientos previos que posea o debía tener o su formación profesional así como un juicio sobre otras circunstancias que dificulten o faciliten el conocimiento de la norma como la proveniencia de otro ámbito cultural, la educación en el marco de otro ordenamiento jurídico, si el autor se había informado o había sido avisado o tenía la oportunidad previamente de haber buscado mayor información.

La extensión del dolo al plano de la justificación (pp. 352-390)

Esta objeción es la que se puede entender como central y por la que la teoría de los elementos negativos del tipo fue básicamente derrotada por la doctrina final de la acción (Welzel, Armin Kaufmann y la monografía de Hirsch). La objeción se puede resumir en que un dolo de esas características casi no puede existir o excede las capacidades humanas y conduce a la impunidad.

Rinck señala –y no le falta razón– que una de las tareas más importantes que tiene que desarrollar quien pretenda proponer en serio una teoría del delito en dos niveles es tratar a fondo una propuesta practicable sobre el tratamiento del dolo o del tipo subjetivo desde esta perspectiva unitaria. Su punto de partida sólo puede salir adelante mediante una clara respuesta a la objeción de Welzel y Hirsch de que un concepto de injusto homogéneo conduce a un dolo global de injusto «monstruoso» y, por tanto, poco practicable. Los autores no suelen tener de forma actual antes los ojos la ausencia de contextos justificantes cuando realizan sus hechos.

Para ello intenta desarrollar un concepto de conocimiento o representación en sentido jurídico-penal, es decir, un concepto funcional (pp. 355 ss.). Frente a la objeción de la gran cantidad de modalidades de justificación (el autor tendría que representarse que no se dan los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad, del cumplimiento del deber, del ejercicio legítimo de un derecho, etc.) Rinck responde que se trata en realidad de un número limitado de causas de justificación o, en todo caso, que afectan a un círculo limitado de personas (por ejemplo, ciertos deberes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado). Sobre la cantidad de requisitos de las causas de justificación argumenta que en los casos normales basta con saber que no se da el contexto justificante (agresión, si-

tuación de necesidad, etc.) sin necesidad de reflexionar más, ya que los requisitos van vinculados a la existencia de tal contexto. Con saber que falta un requisito básico o un elemento esencial de la causa de justificación no hace falta plantearse más. Además argumenta que coinciden en muchos casos elementos del tipo legal y de la causas de justificación.

Rinck considera que lo decisivo es que el autor se represente que no está actuando para salvar intereses más importantes (pp. 362 s.), ya que todos las causas de justificación tienen su fundamento en la prevalencia del interés más relevante. Éste tiene que ser según el monografista el objeto del dolo. De acuerdo con esta opinión si el sujeto sabe que no amenaza ningún mal sabe al mismo tiempo que no protege nada ni a nadie y tiene una representación suficiente de que no concurren los elementos objetivos de las causas de justificación. Se trata de un conocimiento acompañante de que no se está protegiendo un interés más importante reconocido por el ordenamiento. El objeto relevante para el dolo es para Rinck (364) el tipo objetivo de injusto con todos sus elementos, con independencia de que se encuentren en el tipo de la figura especial o en la regulación de las causas de justificación; se trata de la imagen que el autor se forma sobre la realidad.

La monografía no sólo se ocupa del objeto del conocimiento sino también de cómo debe ser ese conocimiento. Es decir, donde se encuentran los límites entre conocimiento y error. Rinck asume –correctamente– como válido que el autor refleja mentalmente la realidad de acuerdo con sus motivaciones e intereses. La percepción no es un automatismo sino un proceso dirigido por el sujeto que determina cuáles son las informaciones que procesa. Sólo una parte de lo que se capta por los sentidos es procesado conscientemente. La frontera entre lo que se conoce y se desconoce depende en gran medida de la voluntad del individuo. Para ello intenta hacer fructífera la construcción de la co-consciencia (*sachgedankliche Mitbewusstsein*) en este ámbito a partir de la importación de Platzgummer de la psicología de la *Gestalt* (Escuela de la Forma), aunque asuma que desde una perspectiva extra-penal se trate de supuestos de desconocimiento.

Con ello Rinck se enfrenta al problema de la ceguera ante el Derecho provocada por enemistad o por indiferencia frente al ordenamiento como motivo de una representación defectuosa (pp. 378 s.). Existen casos en los que no se puede constatar el dolo debido sencillamente a que al sujeto le da igual lo que diga la norma o tiene una representación del mundo incompatible con el ordenamiento. Es precisamente el desconocimiento de la prohibición o del mandato lo que motiva que no se represente correctamente el hecho típico. Por ello considera Rinck que ese error debe ser tratado como un error de prohibición y el injusto debe ser considerado como un injusto doloso. El desconocimiento ha sido provocado por una posición general contraria a las normas y por ello el autor debe ser plenamente responsable de dicha decisión con la pena correspondiente al delito doloso.

Los casos de error de tipo del autor ciego ante el Derecho por motivos intolerables deben ser incluidos según Rinck en el concepto de dolo. Este autor considera que las reglas del dolo en los Códigos Penales no pretenden privilegiar al que presenta un déficit evitable con respecto al conocimiento del injusto. Si la ignorancia jurídica conduce a una omisión de la percepción de algunos elementos del hecho ello no puede representar una ventaja. El autor según Rinck actúa en estos casos de forma plenamente dolosa y por ello considera que incluso *de lege data* debe ser tratado como un autor doloso de acuerdo con las reglas del error de prohibición. El dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo o, en casos excepcionales, el conocimiento de algunos elementos del tipo junto con el desconocimiento de otros causados por (reprochable) ceguera jurídica (p. 382). Este segundo tipo de dolo es denominado por Rinck *dolus ignorantiae iuris causa* (pp. 383 ss.). Es decir, el injusto doloso se fundamenta en el desconocimiento del Derecho que ha provocado la omisión parcial de la percepción de todas las circunstancias relevantes del hecho. Aunque el autor hubiera conocido el hecho hubiera seguido actuando de la misma manera debido a su desconocimiento de que se trata de un injusto.

Lo realmente relevante de esta monografía es que Rinck intenta salvar la objeción tradicional del dolo «monstruoso» afirmando que existirá conocimiento de los elementos objetivos de una causa de justificación en los casos de co-consciencia por lo que si concurre dicha co-consciencia desaparecerá el injusto doloso. Considera que se puede aplicar a este ámbito también su doctrina del *dolus ignorantiae iuris causa* por lo que ciertos casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación motivados por un desconocimiento de la norma deben ser tratados como injustos dolosos.

II

La monografía de Rinck demuestra la inestabilidad de la teoría del error en el contexto doctrinal actual debido a que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva todavía no se ha realizado una transición definitiva de una concepción dominada durante muchos años por la doctrina final de la acción hacia un tratamiento (más o menos) normativo de la cuestión. La teoría del error representa un magnífico campo de pruebas para cualquier construcción teórica del Derecho Penal como sistema de imputación. Por ello se puede decir que esta monografía representa el reflejo de una determinada situación doctrinal (¿hasta dónde normativizar la responsabilidad subjetiva? ¿Bajo qué criterios rectores?). Sin embargo, a pesar de la riqueza de ideas de su parte final, esta monografía presenta el grave inconveniente de partir de presupuestos dogmáticos o teóricos poco claros y demasiado simples de cara a abordar un tema central para la moderna

teoría jurídica del delito. No me voy a centrar aquí en una crítica de esa visión simplista del injusto como mera ponderación de intereses, sobre todo cuando en la monografía no se aporta ningún dato de cómo se determina dicha ponderación. El Derecho no es sin más un maximizador de intereses y no se puede definir como injusto todo supuesto en el que no se haya minimizado al máximo la lesión de intereses (¿qué intereses?). Lo interesante del libro se encuentra en sus respuestas, muchas veces intuitivas, a los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad y en su desactivación de las críticas de Welzel y Hirsch contra la teoría de los elementos negativos del tipo.

Es más, se puede llegar a las mismas conclusiones que Rinck sin compartir el presupuesto del trabajo. El monografista parece querer equiparar la tipicidad con el tipo legal del delito otorgándole un carácter formal o técnico-instrumental (en la línea de Beling) como subnivel del injusto o como presupuesto para determinar si existe una perturbación social. Lo que en realidad deja en evidencia la monografía es que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad es puramente formal y, por tanto, ello debe tener consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva (igual que debería tenerlas para ampliar el alcance de la teoría de la imputación objetiva si, a diferencia de Rinck, se entiende que el Derecho no es un maximizador de bienes sino un sistema que organiza la interacción). Esa evidencia se manifiesta con toda su plenitud en el caso de los denominados tipos abiertos. Cabe objetarle a Rinck que para llegar a saber si existe una lesión necesaria para salvar otro interés más importante o una lesión de intereses más intensa de lo posible o necesario es preciso primero determinar si existe una lesión o una arrogación de un ámbito ajeno y a quién se le imputa dicha lesión o arrogación. Es decir, es preciso imputarle objetivamente un hecho típico a alguien. Si el injusto se fundamenta en la comisión de una conducta lesiva sin que se encuentre legitimada por la persecución de un interés de mayor rango, la dogmática tiene que ocuparse de la determinación de cuándo se le puede imputar a una persona una conducta que adquiere un significado lesivo. No podemos desmaterializar, pues, la tipicidad, aunque se entienda que la división esencial en la teoría jurídica del delito es la división entre injusto (tipicidad y antijuridicidad) y culpabilidad (que a su vez también admite otras subdivisiones). Rinck llega a sus conclusiones porque se ocupa la teoría jurídica del delito desde una perspectiva parcial: la del tipo subjetivo donde ya no tiene sentido hacer diferenciaciones.

La monografía de Rinck deja en evidencia que la aparente fuerza de la idea de Welzel de que no es lo mismo matar una mosca que un hombre en legítima defensa para defender una distinción de tipo material entre el juicio de tipicidad (materia de prohibición) y antijuridicidad se acaba diluyendo en el aire cuando se examina con detalle. El análisis detallado que lleva a cabo Rinck (pp. 28 ss.) sobre la compleja disfuncionalidad de la so-

lución de la diferenciación que tiene su origen en Geerds entre conformidad (atipicidad) y consentimiento (causas de justificación) y sobre la inexistencia de razones materiales o dogmáticas o diferencias inmanentes para distinguir entre los supuestos en los que la voluntad del titular del bien jurídico es relevante para la tipicidad o como causa de justificación no viene más que a reforzar estas conclusiones. Lo decisivo es si existe o no un injusto. Que el error sobre la existencia del consentimiento o de la conformidad sea tratado de forma diferenciada por algunos autores demuestra la inidoneidad de determinados planteamientos.

Una solución de este tipo como la que plantearía la teoría estricta sólo se puede entender a partir de la deducción de inamovibles postulados ontológicos. Si como hace la doctrina final de la acción se identifican finalidad y dolo, la finalidad de realizar el hecho típico (por ejemplo el resultado de muerte) ya no puede ser tratado como un supuesto de imprudencia. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo sobre la concurrencia de una agresión ilegítima) ya no puede hacer desaparecer ese dolo y, por tanto, sólo es posible acudir a las reglas del error de prohibición o mandato. Si no puede tratarse de un error de tipo tiene que ser un error de prohibición. La función de llamada no es, pues, del tipo sino del dolo típico (finalidad). Si se parte de una concepción del delito de estas características pero no satisfacen las conclusiones a las que lleva no queda más alternativa que tratar ciertos supuestos como si fueran otra cosa. Rinck deja en evidencia que ese no puede ser el camino que deba seguir la doctrina alemana. No se trata de corregir algunas (coherentes) conclusiones que no parecen aceptables sino de no asumir el punto de partida.

La solución de la teoría estricta o pura de la culpabilidad no puede satisfacer si se entiende que el injusto doloso representa para el ordenamiento siempre la modalidad más grave de injusto y se trata de un concepto que no viene determinado por premisas ontológicas o por estructuras pre-establecidas. Dolo e imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos sino normativos. Si ello es así no se puede entender que el autor que realiza un injusto creyendo que se está defendiendo de un ataque o está evitando un mal mayor realiza la modalidad más grave de injusto (igual que si no existiera dicho error). Habrá que asumir que ese injusto se merece menos pena que el doloso e, incluso, que en ciertos casos ese injusto no es un injusto penal. En definitiva, desde una perspectiva comunicativa del hecho el que yerra sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un autor imprudente que reúne las mismas características que cualquier autor imprudente.

Las soluciones que plantea Rinck cuando no existe coincidencia entre los requisitos objetivos y subjetivos de las causas de justificación parecen las más razonables. En los casos de creencia que concurren sin que objetivamente ello sea así se trata de un injusto imprudente y en los casos en

los que concurren objetivamente sin que el autor se percate de ello se debe castigar por tentativa (los casos de imprudencia impunes). La cuestión es cómo desarrollar un modelo teórico que fundamente estas conclusiones y Rinck lo encuentra en un concepto unitario de injusto como presupuesto de la culpabilidad (al igual que Luzón Peña y Díaz y García Conlledo en la doctrina española, por ejemplo).

Si partimos de esta segunda constelación de casos relativa a la ausencia de representación sobre la existencia de una situación justificante, ya que se trata de una solución bastante extendida, percibimos como la solución más razonable no se ve obstaculizada en realidad por una división tripartita del delito sino por la utilización de los criterios welzelianos de desvalor de acción y desvalor de resultado (sobre todo si el resultado típico se entiende en sentido fáctico como modificación de un estado de cosas). La solución se ve facilitada si como propugnamos algunos partidarios de la teoría de la imputación objetiva (*vid.* Feijoo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*) se toma en consideración un plano objetivo antes de tratar normativamente en otro plano los elementos subjetivos o personales. El primero se ocuparía de la imputación objetiva del hecho delictivo (elementos objetivos del tipo sin situación justificante o con situación justificante injustamente resuelta –daño mayor del necesario–) y el segundo de la constatación de la infracción de un deber. No parece que se pueda prescindir de un plano objetivo previo en la dogmática del injusto si tenemos en cuenta que sólo a partir de un análisis objetivo de la situación se puede hablar de error (no coincidencia entre la representación y la realidad). Coherentemente se puede afirmar desde una perspectiva como ésta que en los casos en los que faltan los elementos objetivos de las causas de justificación sólo se puede imputar la infracción del deber, es decir, la tentativa. Por ello si el deber no es más que un deber de cuidado se tratará de un supuesto atípico. En esos casos no existe objetivamente un injusto (arrogación injustificada de otro ámbito de organización) sino sólo una decisión contraria a la norma. Lo que sucederá habitualmente en la práctica en estos últimos supuestos es que faltará algún requisito de las causas de justificación. Por ejemplo, en el supuesto de manual en el que a alguien se le dispara un arma que manipulaba descuidadamente matando a un sujeto que quería apuñalarle por la espalda es muy difícil que no hubiera otra alternativa que disparar a matar (si el disparo fuera realizado dolosamente). Por ejemplo, que no bastara disparar contra una pierna. Por lo tanto, en esos casos habrá que imponer la pena del delito imprudente por ausencia de algún requisito aunque se tenga en cuenta el contexto justificante de cara a la circunstancia atenuante del artículo 21.1.^ª. Por otro lado, y centrándonos en las preocupaciones dogmáticas de Rinck, si la redacción del artículo 16 CP español permite una aplicación directa o analógica de las reglas de la tentativa es una cuestión secundaria que depende de la interpretación de este precepto, sobre todo de cómo se entienda la referencia a

la producción del resultado. Cuanto más se normativice este concepto menos problemas habrá para una aplicación directa de las reglas de la tentativa a estos supuestos en los que al autor no se le puede imputar más que la infracción de un deber tal y como sucede en todos los supuestos de tentativa. En conclusión, Rinck podría haber llegado a estas mismas conclusiones prescindiendo de la división de corte finalista entre desvalor de la acción (de la finalidad) y desvalor del resultado (aspecto social de la conducta) en vez de prescindir de la tipicidad como (sub)categoría del delito.

En cuanto al difícil problema del tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación Rinck podría haber llegado a las mismas conclusiones mediante una mayor normativización del concepto de injusto doloso. De hecho muchas de sus soluciones de gran fuerza intuitiva encierran problemas dogmáticos por no decidirse a plantear valientemente una mayor normativización del concepto de dolo. El punto de partida de la monografía me parece correcto: las características subjetivas que se deben tomar en consideración para justificar la conducta deben ser las mismas que se vienen tomando en consideración en el ámbito de la tipicidad (*vid.* especialmente pp. 251 ss.). El problema es el concepto de tipo subjetivo que se maneje para desarrollar dicha identidad.

Además de no haber llevado consecuentemente hasta el final sus planteamientos, el intento de resucitar la vieja distinción entre error de hecho (*imprudencia o culpa facti*) y error de Derecho (*imprudencia o culpa iuris*) me parece desacertada. Sobre todo en la medida en la que Rinck parte de la idea de que esta diferenciación clásica se corresponde materialmente con la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Ello provoca que adopte una solución que esta distinción ha buscado evitar frente a aquélla: el error sobre los elementos normativos del tipo (lo que afecta también a los tipos penales en blanco y a tipos que utilizan conceptos importados directamente de normas extrapenales) o de las causas de justificación debe ser tratado como un error de prohibición. Una de las razones por las que la denominación de error de tipo superó históricamente a la de error de hecho es que la primera permite dejar claro que los elementos descriptivos (si realmente existen) deben ser tratados igual que los elementos normativos. Aunque es cierto que la denominación error de tipo también plantea problemas, en la medida que parece inducir a la idea de que sólo se trata de errores sobre elementos del tipo, por lo que de ahí se derivan parte de los equívocos con el tratamiento de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. La solución de Rinck deja de lado de un plumazo la gran cantidad de teorías que se han desarrollado en los últimos tiempos para afrontar este problema característico de lo que ha venido denominándose «nuevo Derecho Penal». En mi opinión, una teoría funcional del delito no debe volver a planteamientos que han dado muestras de su insuficiencia sino que debería profundizar en la diferenciación normativa entre errores de prohibición inmediatos y mediatos (o directos e

indirectos si ello no conduce a equívocos). Los primeros suponen un defecto en las representaciones del autor motivados directamente por un error sobre la valoración que el Derecho realiza de su conducta y los segundos se trata de casos en los que el autor no puede plantearse la antijuridicidad de su conducta porque desconoce su sentido objetivo (por ejemplo, el potencial lesivo de la misma). El autor de una conducta de abuso sexual del artículo 181.2 CP desconoce la antijuridicidad de su conducta (otra cosa es un conocimiento abstracto) tanto si cree que sólo está prohibido mantener relaciones sexuales con menores de 12 años como si cree que la persona con la que mantiene un contacto sexual tiene 14 años. El que omite el deber general de socorro (art. 195 CP) desconoce también la antijuridicidad de su conducta tanto si cree que no existe un deber de auxilio fuera de determinadas posiciones de garante como si no percibe una situación de peligro manifiesto y grave para otra persona. Los casos de imprudencia o de error de tipo son siempre casos de error (indirecto o mediato o derivado) de prohibición o mandato. Ello no significa que no pueda haber constelaciones de casos imprudentes motivados por una creencia errónea de la existencia de una causa de justificación, pero ello ya es un problema muy concreto de culpabilidad en el delito imprudente que no merece la pena que se desarrolle aquí. Resumiendo, los supuestos del artículo 14.1 CP implican a su vez la concurrencia del error contemplado en el artículo 14.3 CP. Los supuestos de error sobre los requisitos objetivos de las causas de justificación son un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal ya que no se pueden entender como un error directo o inmediato o primario sobre la ilicitud del hecho. Con esta perspectiva, frente a los intentos de deducir la solución de la naturaleza final de la acción humana, se clarifica la identidad entre error sobre los requisitos típicos y los restantes requisitos que configuran el injusto penal. Sobre todo si se asume que la terminología del artículo 14 CP favorece la inclusión del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación en su apartado primero (Mir Puig, PG, 21/38 s.).

Esta consideración unitaria del error plantea una vez más la discusión sobre la identidad de error de tipo y error de prohibición o la desaparición o difuminación de la distinción (*vid.*, por todos, las perspectivas diversas de Díaz y García Conlledo, *Libro Homenaje al Prof. Torio*, y Manso Porto, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*). Ello no significa, sin embargo, que todos los errores hayan de tener una regulación unitaria. El que ello sea así o no depende de una decisión político-criminal y por ello en la doctrina española se pueden encontrar soluciones para todos los gustos (atenuación meramente facultativa o bien obligatoria de todos los supuestos de error, atenuación facultativa sólo en el caso del art. 14.3 CP, etc.). Frente a propuestas como las de Jakobs de unificar la regulación del error con una atenuación facultativa (en su línea de construir un concepto hegeliano de delito en el que no tengan sentido las diferen-

ciaciones analíticas) hay que objetar que no es evidente que normativamente haya que tratar igual los errores sobre prohibiciones o mandatos que los errores sobre la dimensión objetiva de la propia conducta. Además existen otras razones político-criminales (por ejemplo, la seguridad jurídica, el principio de intervención mínima, etc.) que hacen que no sea plausible –al menos en estos momentos– una positivación de esta idea. ¿Sería posible introducir en el Código Penal una regulación unitaria del error que dijera que se puede atenuar la pena salvo los casos de enemistad o indiferencia frente al Derecho? ¿Sería tolerable en un Estado de Derecho que se fusionaran la responsabilidad subjetiva y la culpabilidad de tal manera que una vez imputado objetivamente un hecho a una persona quedara en manos del juez determinar si la pena es de multa o de prisión hasta 30 años? En España hemos sufrido demasiado tiempo los problemas de un sistema de *numerus apertus* de la regulación de la imprudencia como para volver a dar marcha atrás –a pesar de que haya que corregir las insuficiencias o disfuncionalidades de la legislación vigente–. Lo que es evidente es que, a pesar del continuismo del Código Penal de 1995 con respecto a la situación anterior, son muchas las formas defendibles o razonables de regular el error en la parte general del Código Penal. Las concepciones más normativas parecen estar ganándole la batalla en el actual contexto doctrinal a las soluciones de tipo más psicologicista, sobre todo en los casos de indiferencia o enemistad frente al ordenamiento (obrar por ignorancia tiene un alcance más restrictivo que obrar con ignorancia), pero dicha normativización puede ser canalizada a través de diversas soluciones legislativas. La idea de Jakobs de que *de lege ferenda* sería mejor poder tratar los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos con un sistema de *numerus apertus* que permita castigar siempre atenuadamente nos remite a la vieja discusión sobre el sistema de incriminación de la imprudencia que, al menos por ahora, parece haber ganado en Europa occidental el sistema de *numerus clausus*. Habrá que analizar si la regulación del artículo 14.1 (el castigo sólo en determinados casos) va mostrando insuficiencias en este ámbito desde una perspectiva de prevención general positiva que obliguen a plantearse la necesidad de reformar la situación legal vigente.

Rinck (p. 66, nota 84) parece en principio no querer admitir en el ámbito de lo que él denomina error de hechos (error de tipo) una unificación de los casos de dolo y error con atenuación facultativa inclinándose por una solución como la propuesta por mí en la doctrina española de crear subtipos agravados imprudentes en virtud de la especial gravedad de la imprudencia (CPC 97, pp. 352 ss. y CPC 98, p. 355). Sin embargo, este punto de partida queda anulado cuando no se quiere admitir para los elementos normativos del tipo cuando se trata de autores especialmente cualificados ni, en general, para los casos de ceguera fáctica provocada por indiferencia o enemistad frente al Derecho. La solución con los elementos

normativos hemos visto ya que se basa en un punto de partida dogmático erróneo. La complejísima solución que ofrece Rinck en los casos de indiferencia o en los que el autor no adopta una posición personal frente al hecho tiene su fundamento en mi opinión en una insuficiente normativización del dolo que para este autor sigue siendo básicamente un concepto psicológico-descriptivo (críticas en profundidad a este tipo de concepciones en Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 292 ss.).

Si se parte de un concepto de dolo que no base la distinción con la imprudencia en la postura personal del autor se puede observar cómo los casos denominados en la monografía como de *dolus ignorantiae causa* pueden ser entendidos, al menos, en su mayor parte, como casos de dolo eventual desde una perspectiva más normativa. Las concepciones más normativas del dolo está mitigando ciertas conclusiones materialmente insoportables a las que conducía la teoría de la responsabilidad subjetiva imperante en Alemania tras la postguerra. Los problemas para Rinck surgen precisamente porque parte de un concepto restringido de dolo eventual en el que sólo caben conocimientos seguros y el autor tiene que asumir plenamente la realización del tipo. Sin embargo, la doctrina dominante sobre el dolo eventual no exige que el autor disponga de conocimientos seguros ni siquiera altamente probables sino que basta con la disposición de conocimientos inseguros. Por ejemplo, veamos el siguiente supuesto (p. 374) que propone Rinck en la monografía para sostener su posición: el propietario de un piso alquilado se lo enseña a un posible comprador cuando sabe que el arrendatario se encuentra ausente sin pedir consentimiento. Dicho propietario no se plantea si el arrendatario está de acuerdo con su actuación porque cree que el contrato de arrendamiento no limita sus posibilidades de acceder al inmueble. Sin embargo, el propietario en este caso se representa que entra en una morada ajena sin contar con la voluntad de su morador. Ello es suficiente para el dolo. No hace falta más para constatar la comisión dolosa del delito de allanamiento de morada (art. 202 CP). Otra cuestión es la relevancia que pueda tener ese error desde el punto de vista del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Lo mismo sucede con otros ejemplos que propone Rinck como el que no sabe que existen deberes generales de socorro o que por debajo de cierta edad es indiferente el consentimiento en los contactos sexuales. Lo decisivo es si el autor disponía de determinados datos que razonablemente no le permitían excluir que existía una situación de peligro grave y manifiesto con desamparo o que la persona con la que mantenía relaciones podía ser menor de trece años. Con ello ya tenemos un injusto doloso. Como reconoce Rinck (p. 389) en los casos que él trata como de enemistad frente al Derecho es difícil trazar una frontera entre *dolus eventualis* y *dolus ignorantiae iuris causa*. Los problemas, pues, residen en la teoría volitiva del dolo que mantiene Rinck en su monografía. Además, su argumentación de que el autor en esos casos aunque tuviera dolo actuaría igual por su posición abstracta de desinterés o

indiferencia frente al Derecho que motivan su error se merece las mismas objeciones que tradicionalmente ha recibido la teoría hipotética del consentimiento convirtiéndola en una teoría con un mero valor histórico para señalar una camino que no se debe seguir (en profundidad, Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 294 ss.). La cuestión que en realidad plantea Rinck una vez más es cómo debe enfrentarse el Derecho Penal al fenómeno de una organización perceptiva que depende de los intereses o motivaciones del autor en relación al ordenamiento jurídico. Creo que existen propuestas de solución más logradas en la literatura especializada.

La respuesta de Rinck al argumento del «dolo monstruoso» (Welzel, Hirsch) de los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad peca también de una insuficiente normativización de los elementos de la teoría jurídica del delito. Su concepto psicológico-descriptivo de dolo hace que busque una solución de tipo psicologicista decidiendo convertir la para-conciencia en representación, a pesar de que el propio autor no oculta los problemas de esta solución. Es decir, con respecto a determinados elementos del injusto adscribe como conocimiento algo que no lo es o, al menos, que puede no serlo. Que ello sea compatible con la regulación del dolo o del error de tipo en los códigos penales alemán o español es más que discutible (Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 344 ss.). Desde el punto de vista específico del Derecho positivo español, puede que con este tipo de solución se acabe tratando en casos concretos un error con una pena superior a la contemplada en el artículo 14 para un supuesto de esas características subjetivas.

Por ello es preciso señalar algunos inconvenientes de esta propuesta concreta. Rinck, al igual que un sector de la doctrina alemana mediante la expresión *sachgedankliches Mitbewusstsein*, mezcla erróneamente dos cuestiones diferenciadas. Por un lado, asume correctamente que no plantea problemas que para el dolo no sea necesario un pensamiento lingüísticamente estructurado o conceptual sino que basta un pensamiento gráfico o no desarrollado lingüísticamente (el funcionario que comete un delito contra la Administración Pública no tiene que estar diciéndose continuamente «soy un funcionario», «soy un funcionario»...). La doctrina asume sin muchos problemas que tener conocimiento o representación del hecho no tiene que equivaler a reflexionar sobre el mismo. Los seres humanos piensan en muchos casos sin necesidad de lenguaje interno. Sin embargo, otro problema distinto es si no son realmente supuestos de error los denominados conocimientos acompañantes, implícitos o al margen, es decir, la co-conciencia (*Mitbewusstsein*). La teoría de Rohrachner importada a la discusión jurídico-penal por Platzgummer del pensamiento al margen condicionado por la percepción no resulta dogmáticamente satisfactoria. El penalista que imputa este pensamiento al margen como dolo se está refiriendo a un sustrato psíquico que para muchos especialistas en la materia no es más que subconsciente y está utilizando un concepto abierto que ca-

rece de límites. Con esta teoría se acaba desvaneciendo la distinción entre error y conocimiento que establece el Derecho positivo. Se puede asumir que en ciertos casos la distinción carezca de sentido y que el mero hecho de que el autor no estaba interesado en actualizar su conocimiento no es razón suficiente para desgravarle de responsabilidad, por lo que la desaparición de dicha distinción puede ser objeto de debate científico (Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 352 ss.), pero la verdad es que sobre ella está construida el Derecho vigente. La Ciencia dogmática puede tratar normativamente esta distinción del Derecho positivo para minimizar sus incongruencias, como de hecho está haciendo, pero no puede hacerla desaparecer *contra legem* como si el Código Penal no dedujera soluciones radicalmente diversas de la misma. La sospecha es que Rinck quiere otorgarle un soporte teórico a una determinada práctica judicial.

La cuestión central sin embargo no es esta, sino la siguiente: Si se parte de un concepto normativo (no pre-establecido) de injusto doloso la pregunta que hay que hacerse es: ¿Para qué una solución tan complicada como la propuesta en la monografía de Rinck y que, además, encierra tantos problemas dogmáticos y de compatibilidad con el Derecho positivo? El que tiene dolo típico sin representarse la concurrencia de otras circunstancias (por ejemplo, agresión ilegítima) realiza un injusto penal aunque no reflexione sobre que no existen razones asumibles por el ordenamiento para que realice su conducta. Por ejemplo, el que acecha esperando una ocasión propicia para asaltar a un mujer en un aparcamiento se representa al mismo tiempo que no está actuando para evitar ningún mal ni ninguna amenaza ni para cumplir deberes de ningún tipo. Es decir, el que tiene ante los ojos las circunstancias que definen objetivamente su comportamiento como riesgo típico o como arrogación de un ámbito de organización ajeno realiza un injusto doloso sin que tenga que estar rechazando de forma reflexiva la concurrencia de los elementos de la legítima defensa o del estado de necesidad. Exactamente igual que el que sabe que está creando un riesgo no permitido para otra persona no tiene que estar reflexionando que no se trata de un caso de autopuesta en peligro de la víctima o de consentimiento o no se exige que el autor se represente que no concurrían los requisitos de una causa de inexigibilidad. Es decir, el injusto doloso es igual al tipo objetivo más representación (aunque sea insegura o eventual) de los elementos del tipo más ausencia de la representación de que existe un contexto justificante. Sólo en los casos en los que el autor argumenta en su defensa que él se representó una situación de conflicto que objetivamente no existía pasan a tener relevancia los problemas relacionados con los elementos subjetivos de las causas de justificación. La teoría del error se ocupa sólo de estos supuestos, no de los estándar. En conclusión, la creciente normativización del tipo invalida las objeciones de las concepciones más subjetivas del injusto que entienden que sólo el autor con su dolo puede determinar la valoración jurídica del hecho. La teoría restringida o

pura de la culpabilidad ve anulados desde una perspectiva normativa sus argumentos más poderosos.

Una última cuestión relativa a los problemas dogmáticos que plantea la teoría restringida o limitada de la culpabilidad. En cuanto a la tentativa, si se asume que los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación son injustos imprudentes (no sólo son tratados como tales) no hay ningún problema en asumir la atipicidad de la tentativa. Imaginémonos el siguiente ejemplo: A recibe una llamada de su hijo de 18 años que le comunica que se le ha averiado el coche a altas horas de la madrugada en una zona de la ciudad considerada en general como muy peligrosa y que merodean a su alrededor sujetos de apariencia intranquilizadora. A va a buscarlo no sin antes coger un arma de fuego. En pleno proceso de búsqueda y cuando está parado viendo un plano de la zona nota que alguien se acerca sigilosamente hacia él, por lo que para defenderse dispara. No acierta y resulta que se trata de un policía que considerando que se trataba de un coche sospechoso se había acercado con tanto sigilo para ver qué pasaba dentro del mismo. No parece que sin resultado existan especiales necesidades preventivas para castigar este tipo de supuestos. En cuanto a los problemas de la participación en los casos de un hecho principal realizado con error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, los problemas desaparecen si se asume *de lege data* la tipicidad de la participación imprudente.

BERNARDO FELJOO SÁNCHEZ

Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid

SANZ DELGADO, Enrique: *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Editorial Edisofer, Madrid, 2000, 372 páginas

Generada en una tesis doctoral, la obra del Dr. Enrique Sanz que ahora comentamos se adentra en el interesante y poco estudiado tema de la participación privada en la ejecución de las penas privativas de libertad.

En la parte primera se ocupa del ciclo histórico de la prisión privada, esto es, en ella el autor entresaca de la historia de la prisión el infiltrado que lo privado ha tenido en este sector paradigmático del Estado, lo cual se concreta en localizaciones y actividades de contenido penitenciario como fueron: *a)* las primitivas prácticas de los derechos de encarcelaje (pp. 34 ss.), *b)* las casas de corrección surgiendo como primeras prisiones propiamente dichas (pp. 47 ss.); *c)* el esquema contractual del Proyecto panóptico de Jeremy Bentham (pp. 65 ss.); *d)* los modelos de transportación y asenta-

mientos coloniales (pp. 77 ss.); *e*) las penitenciarias y organizaciones regimentales del trabajo penitenciario decimonónico en los Estados Unidos de Norteamérica y en alguna asimilación europea (pp. 97 ss.), y *f*) en los sistemas de contratación y cesión competencial pública propios de finales del siglo xx (pp. 283 ss.). De todas ellas merece detenernos en unos hitos fundamentales.

El antecedente nunca convertido en realidad es la idea de prisión panóptica formulada por Jeremy Bentham. Si el cuerpo del panóptico era la construcción arquitectónica basada en la inspección central, el alma del mismo era la administración contractual, si bien ello mismo fue la causa, como acertadamente expone el Profesor Sanz Delgado, del rechazo que en su tiempo sufrió el Proyecto y de la deformación posterior del mismo. En efecto, el rechazo de sus contemporáneos se debió a que se entendió que la contratación y gestión empresarial de las prisiones significaría renacer a finales del siglo XVIII las denostadas modalidades de encarcelaje y explotación de la mano de obra reclusa, censuradas desde años atrás por reformadores como John Howard y por la propia legislación del momento (Ley Penitenciaria de 1779). La deformación posterior habría de esperar casi dos siglos, por cuanto los autores llamados revisionistas, que recuperan el pensamiento de Bentham lo hacen de manera parcial, centrándose sólo en la idea de control y vigilancia, dejando pasar inadvertido el elemento privatizador del proyecto panóptico.

Como es bien sabido el viaje de ida de las ideas penitenciarias de Europa que se produce en el siglo XIX no fue un viaje baldío. Las ideas penitenciarias se metamorfosean en tierras norteamericanas y se transforman en los consabidos sistemas penitenciarios en los que la influencia cuáquera se torna en impronta indeleble. El trabajo forzado como, en primer lugar, medio de redimir el delito-pecado es uno de sus baluartes. Pero no sólo ello. El trabajo también se concibe como un valor económico, primero para que con él los internos costeen su propia manutención y luego para dar el paso a que fueran los empresarios particulares los que lo gestionasen a través del Lease System.

El autor se muestra especialmente crítico con esta participación privada en la ejecución penal, afirmando que el contexto de la moderna idea privatizadora conlleva un sentido ideológico-político. Las críticas al sector público y las posteriores propuestas de reducción de costes, diligencia administrativa y mejor gestión se traducen en una estrategia bien definida. La concentración de poder en grandes corporaciones, en una economía que busca la globalización, se enfocará en la pretensión de influir en las decisiones de política criminal gubernamentales. Consecuentemente, los fines de la pena sufren, con estos planteamientos, transformaciones sustanciales. Desde la crítica a la idea rehabilitadora, se desemboca en el fomento del sentido incapacitador de la sanción penal, tan perfectamente adecuado al beneficio económico empresarial. A la naturaleza empresarial resulta,

así, especialmente útil un planteamiento que excluye cualquier otra responsabilidad que no sea la de la extracción social y la retención y custodia, quedando relegado el fin resocializador. Trasladando estos argumentos al caso español, el Dr. Sanz ve, precisamente, en la constitucionalización de los fines de la pena una garantía frente a las posibles tendencias privatizadoras que deben quedar reducidas a las actuales manifestaciones (gestión de determinados servicios internos, relaciones laborales con reclusos en régimen abierto, participación en determinados programas tratamientos...), convirtiéndose esta situación en una frontera infranqueable.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA
Universidad de Alcalá

SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón: *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*. Editorial Gráfica Horizonte S.A., Lima (Perú), 1999, 163 páginas

Con anotaciones al Derecho penal peruano realizadas por Dino Carlos Caro, aparece en el país andino la monografía del Profesor José Ramón Serrano-Piedecabras *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, introducción a nuestra disciplina que coincide parcialmente con el proyecto docente e investigador, la conocida Memoria, que el autor defendió en 1998 para la obtención de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

La obra se estructura en dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas se ocupa de los fundamentos de Derecho penal, abarcando el estudio conceptual de esta rama del Derecho público, el de los fines de la pena y de las medidas de seguridad y un apartado quinto titulado «Derecho penal y Constitución». A lo largo de sus páginas el autor va dejando entrever una concepción del Derecho penal que se alinea con el funcionalismo moderado desarrollado en nuestro continente principalmente por Claus Roxin que, como sabemos, propone orientar el sistema del Derecho penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo que, frente al ontologismo finalista, obliga a concebir al Derecho penal como un sistema abierto de orientación teleológica. Así las cosas, una de las principales funciones que cumple la norma penal, a juicio del profesor Serrano-Piedecabras, es la creación de reglas de conducta a través de la motivación, precisamente porque el Derecho penal se concibe como un mecanismo de regulación social y de disuasión. Sin embargo, el autor advierte que la aceptación de la teoría de la motivación no implica la admisión de la doctrina tradicional de los imperativos, pues la pena supone un medio preventivo al servicio de la

protección de los ciudadanos, asignándole así una función directiva que motiva a la colectividad en contra de la comisión de delitos. Se entiende (p. 46) que esta adopción de la teoría de la motivación se adapta plenamente a la consideración del Derecho penal como un medio de control social y como un medio para incidir en la evolución del sistema social, respondiendo a los planteamientos que el artículo 9.2 de la Constitución impone a los poderes públicos en la búsqueda y consolidación de un orden social inspirado en el respeto de los valores democráticos y liberales. Y, desde otra perspectiva, también esta función tiene trascendencia en algunas cuestiones claves del Derecho penal: *a)* propicia una base clara para poder explicar la actuación de un Derecho penal preventivo; *b)* el desarrollo de sus consecuencias constituye un importante criterio a tener en cuenta a la hora de fijar las limitaciones del *ius puniendi*, y *c)* se constituye en un válido punto de partida para la solución de importantes cuestiones dogmáticas. En este último sentido se señala que, respecto a la relación entre tipicidad y antijuridicidad, esta función motivadora facilita la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo; implica admitir la inclusión del dolo en el tipo y a establecer diferencias entre los delitos dolosos e imprudentes, dado el distinto contenido de lo prohibido en uno y otro injusto y refuerza la adopción de la teoría de la imputación objetiva y dentro de ella el uso del pronóstico objetivo posterior (prognosis efectuada a posteriori por el Juez al colocarse durante el proceso en el punto de vista de un observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor). Por último, introduce un nuevo criterio, de especiales consecuencias, en la noción de la culpabilidad material usualmente resuelta por la vía del libre albedrío.

Respecto a los fines de la pena, el Profesor Serrano-Piedecabras toma una clara posición (pp. 75 ss.): la posible y necesaria racionalización de las antinomias de los fines de la pena, lo que pasa por el reconocimiento del carácter en ocasiones contrapuesto de los distintos fines de la pena y por el rechazo de la retribución como un fin autónomo. Se entiende que la adecuación entre el delito y la pena es un requisito de la eficacia de la prevención general en la fase de la conminación, mientras que la adecuación a la gravedad del hecho concreto, debidamente depurada de los contenidos moralizantes de la culpabilidad, es un límite en la fase impositiva de la sanción, a partir del cual cabe admitir renunciaciones a la gravedad de la pena en atención a criterios preventivo especiales. Y no se ahorran críticas respecto a la prevención general integradora, pues el Derecho penal debe su existencia a la necesidad de ordenar la convivencia evitando la comisión de delitos por parte de los ciudadanos, sin que constituya su misión el obtener de éstos el asentimiento de los valores por él representados, lo cual no significa el admitir la intimidación pura y simple, basada en el terror estatal, puesto que el límite a la misma se encuentra no

sólo en la proporcionalidad sino también en la adecuada selección de lo que sea punible.

Por lo que a la segunda parte de la obra se refiere, esto es, la dedicada al estudio científico del Derecho penal, el autor parte de la necesidad de un conocimiento penal integrado por la Dogmática, la Criminología y la Política Criminal, con lo que la concepción lisztiana de una *Gesamte Strafrechtswissenschaft* recobra actualidad: y es que como se afirma (p. 120), una respuesta adecuada al problema de la criminalidad exige el empleo de los tres enfoques: el criminológico, el político criminal y el penal, ya que dicha respuesta sólo puede ser la conclusión de un proceso que consta de tres momentos: un momento explicativo, un momento de toma de decisiones y un momento operativo o instrumental.

Con relación a la teoría del delito se parte de la reafirmación del carácter sistemático del conocimiento penal, pues el razonamiento sistemático es una tarea irrenunciable para una cultura jurídica que pretenda estar libre de contradicciones internas. Ahora bien, al autor, siguiendo a Schünemann, advierte (p. 138): «no se puede caer en la tentación de orientar la sistematización de la ciencia penal según un modelo axiomático “cerrado”, en el que la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales de las que pueden derivarse todos los demás enunciados. Muy al contrario, dada la enorme complejidad de la sociedad humana, que hasta ahora ni siquiera ha sido posible ser evaluada empíricamente, se propone un sistema de análisis abierto». Un modelo, que, en suma, no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él y no prejuzgue las consecuencias jurídicas aun no resueltas. Por esta razón, la indeterminación del lenguaje ordinario, que usualmente se ha considerado como un inconveniente a la hora de interpretar determinados elementos normativos del tipo, debe verse como una posibilidad de apertura del sistema a nuevas valoraciones sociales.

Partiendo de los anteriores postulados el Profesor Serrano-Piedecasas critica las posiciones dogmáticas que sitúan la significación del delito en un mero quebrantamiento de la norma penal, y en particular la teoría normativo-funcional representada, entre otros, por Jakobs, que entiende que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, lo que supone atribuir a la dogmática penal la misión de sistematizar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) a través de otro acto de significado representado por la pena. Con ello la tarea del dogmático queda circunscrita a la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, un proceso de «reforestación normativa» que propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático, llevándolo, en definitiva, a un callejón sin salida (p. 143).

Concluye el trabajo que comentamos dedicando unas páginas (149 a 163) a determinados problemas de la teoría general del delito que se entienden básicos, referidos al contenido del tipo de injusto y a la culpabilidad. Respecto a la primera cuestión, el autor se pregunta (p. 158): ¿Cómo queda configurado el tipo de injusto? Y responde: Tomando como punto de partida los tipos penales, entendidos como tipos valorativos y no meramente descriptivos, el problema causal pasa a ser el primer escalón de la imputación objetiva. También si el tipo expresa toda la conducta que se desea evitar, debe incorporar en él todos los aspectos objetivos y subjetivos del hecho prohibido. Por ello, el dolo está en el tipo. Pero, además, tienen que formar parte del tipo las circunstancias justificantes, los llamados elementos negativos del tipo y ello porque resulta ilógico afirmar que una conducta está prohibida y permitida al mismo tiempo, que el legislador quiera y no quiera evitarla a la vez. En cuanto a la culpabilidad se apuesta por una superación de su tradicional consideración como mero juicio de reproche formulado al que pudo haber actuado de otra manera, vinculado a la idea de retribución, que se quiebra frente a una dogmática que se orienta hacia la prevención y que acepta la aportación de las ciencias empíricas.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA
Universidad de Alcalá

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 156 páginas

Se contiene, en este libro de C. Tomás-Valiente, una breve monografía sobre uno de los preceptos del nuevo Código Penal que recoge una de las novedades con respecto a Códigos anteriores y que presenta modificaciones importantes en los contenidos regulados por el artículo 409 de texto penal predecesor. Se trata de exponer, desde la dogmática jurídico-penal, la situación actual, a la luz del artículo 143 del Cuerpo penal vigente, de la cooperación ordinaria al suicidio de otro y a la cooperación específica al mismo, dentro de los límites de la denominada eutanasia. La autora divide su obra en cuatro partes fundamentales.

En la primera parte (Introducción) se ofrecen las novedades que aquella juzga como principales. En cuanto a las novedades de configuración típica, señala la desincriminación del auxilio no necesario al suicidio de otro y, sobre todo, la regulación de los comportamientos, efectuados con relación a tal suicidio, dentro de un ámbito eutanásico. En referencia a las penas, menciona el aumento de éstas en la figura de la inducción al suicidio

en comparación con las impuestas al responsable de la cooperación necesaria a aquél. Y, desde luego, la clara atenuación de las mismas en el supuesto del suicidio ejecutivo, si se las compara con el tipo básico de homicidio. Lo que no ocurría con el artículo 409 del Código penal anterior.

En la segunda parte («Cuestiones comunes») se abordan las cuestiones del bien jurídico protegido en estos subtipos del artículo 143 y que la autora fija en la vida humana independiente, si bien, tutelada en contra de la voluntad del titular, porque, en realidad lo que se protege es «el tabú de la intangibilidad de la vida ajena», todo ello por miedo a que no se puedan controlar los abusos que pudieran surgir en el caso de despenalizar los supuestos todavía incriminados en dicho precepto.

En conexión con esta cuestión se pasa a dilucidar si existe, o no, el derecho fundamental a disponer de la propia vida y, en consecuencia, si este artículo es contrario, o no, a la Constitución. O, al menos, si es posible reconocer un derecho que posibilite la desincriminación de la cooperación a la muerte de otro, cuando éste la pide.

La autora inicia, con ese fin, un repaso de las distintas posiciones doctrinales al respecto. La de quienes afirman el reconocimiento constitucional del suicidio, basándose en el artículo 15 de la Carta Magna, que, según ellos, no sólo reconoce el derecho a la vida, sino el derecho a su renuncia. Aquella de los que cimentan el derecho a morir en los artículos 1.1 de la CE (expresión de la libertad como valor primordial del Ordenamiento) y 10.1 (como garantía del libre desarrollo de la personalidad). La de los que destacan el derecho a la disponibilidad del bien de la propia vida, basándose en el anterior precepto, cuando se refiere al reconocimiento de la dignidad humana, impregnadora, asimismo, del resto de derechos.

Se hace mención, también, de la postura de aquéllos que, por interpretar los derechos y principios constitucionales en clave positiva, constructiva, sobre todo el de la vida, deducen, congruentemente, la imposibilidad constitucional de reconocimiento del suicidio como derecho.

Del mismo modo, se hace referencia, al respecto, a la doctrina del TC, citando la conocida sentencia 120/19990 de 27 de junio, donde se niega que el artículo 1.1 de la Constitución (la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico) puede ser referido como origen de derechos fundamentales, distintos a los ya expresados, *nominatim*, por el Texto constitucional.

La autora, sobre este particular, parece inclinarse por que no existe una exigencia constitucional que obligue a declarar el artículo 143 del CP como contrario a la Constitución, cuando se trate de vedar comportamientos de cooperación activa, pues los mismos que hablan de derecho a morir, algunos hablan de derecho de ejercicio personalísimo. Y, sobre todo, porque: «A mi entender, y fuera ya, por tanto, del elenco de los derechos de más alto rango, es al ámbito del valor superior de la libertad consagrado por el artículo 1.1 CE a donde hemos de reconducir la refle-

xión sobre el problema de la protección constitucional del suicidio (eutanásico o no) y de los comportamientos con él relacionados; y ello porque es en dicho precepto donde nuestra Constitución consagra, a mi juicio, un principio general de libertad (en el que *prima facie* se amparan multitud de conductas que no han recibido expresa protección como derechos fundamentales), el cual es susceptible de ser interpretado, a su vez, como una prohibición al poder público de imponer a la libertad restricciones no razonables, arbitrarias o desproporcionadas; [...] Pues bien, enmarcada así la discusión, creo que puede decirse, en primer lugar, que una prohibición del suicidio *en sí mismo* (como la de cualquier acto autorreferente, léase lesiones o consumo de sustancias nocivas para la salud) sí resultaría contraria a la Constitución (al art. 1.1 en el sentido que acaba de otorgársele) en la medida que se trataría de una restricción arbitraria de la libertad, sólo explicable por motivos religiosos, por una pretensión moralizante o por un puro perfeccionismo estatal por completo ajenos a nuestra Constitución y totalmente contrarios a los principios informadores del Derecho penal de ella derivados. Más allá de este punto, sin embargo, entiendo que no resulta tan sencillo calificar de arbitrarios o no razonables los motivos de la prohibición de las conductas de colaboración en el suicidio ajeno. [...] Y es que, en efecto, entiendo que la pervivencia de la criminalización de las conductas que nos ocupan puede justificarse por una vía que no cabe calificar de meramente arbitraria o falta de fundamento, justificación que residiría en la posibilidad de que la legalización de tales comportamientos desembocara en una práctica abusiva que escapara al control de los distintos mecanismos que eventualmente se dispusieran a tal fin.»

Se desarrollan también, en esta parte, las cuestiones relacionadas con el concepto jurídico-penal de suicidio, las características poseíbles por el sujeto suicida de esta artículo 143 (¿es suficiente con que sea semiimputable o se requiere que sea plenamente imputable?), el carácter activo, o también omisivo, de tales conductas, la naturaleza jurídica y función que juega la producción de la muerte del suicida en la construcción de estos tipos delictivos (¿elemento esencial del tipo, resultado que consuma el delito, condición objetiva de punibilidad...?).

Otra cosa ha de afirmarse cuando el suicida se niegue a recibir tratamiento que evite su muerte, pues, en estos casos, la Constitución, según la autora, garantizaría al paciente el negarse a consentir en la aplicación de medidas terapéuticas en ejercicio del derecho fundamental a no ser tratado inhumana y degradantemente (art. 15 CE) o del de la libertad religiosa (art. 16 de la misma).

O, incluso, por invocación al derecho a la integridad física (art. 15 de la CE) como lo hace el TC en la referida sentencia, del que deduce la libertad del paciente de negarse a consentir cualquier intromisión externa en el propio cuerpo. Si bien el Tribunal niega tal libertad frente a quien estuviera situado en posición de garante respecto de la vida del renuente.

En la parte tercera de la obra, se desarrolla el análisis técnico-jurídico de los tres primeros supuestos del artículo 143 (inducción, cooperación necesaria y cooperación ejecutiva al suicidio ajeno).

En la inducción, al analizar la conducta típica, se abordan cuestiones como la relativa al *engaño* como medio de conducir a la muerte de tercero, examinándose en su doble vertiente de engaño sobre los medios materiales de la muerte y engaño como medio de persuasión del suicida engañado (¿existe en este último caso autoría mediata de homicidio o asesinato o hay que reconducirlo por el art. 143?). Se vuelve a plantear aquí la posibilidad de las formas imperfectas de ejecución, admitiéndolas porque la muerte del suicida posee la naturaleza jurídica de «resultado típico de los delitos contemplados en los diversos apartados del artículo 143 CP...». A la simple participación (no a la coinducción) en estos delitos del 143, «formas de participación convertidas en *autoría de un delito independiente*», se la niega relevancia penal.

Por lo que respecta a los supuestos de *cooperación necesaria* al suicidio (la simple complicidad es impune *ex voluntate legislatoris*), se plantea, de forma relevante, el problema de la punibilidad, o no, de la cooperación omisiva. Después de exponerse las diversas posiciones doctrinales favorables a la punibilidad (con distinta calificación, según se trate de comisión por omisión o de omisión simple), la autora parece inclinarse, claramente, por la tercera postura doctrinal surgida en los últimos años, conforme a la cual, en esta figura delictiva, cualquier clase de omisión (siempre que se esté ante un suicida con capacidad legal de decidir) ha de considerarse impune. Porque: «... En un modelo constitucional como el instaurado por la CE de l del sujeto pasivo.» Hace mención, también, a las cuestiones referidas a la posibilidad de la modalidad omisiva, a las formas imperfectas de ejecución y a la participación, para cuya solución remite a lo ya afirmado en las figuras precedentes.

En el apartado cuarto de esta obra, se examina el número 4 del artículo 143 CP, que conecta, de forma directa, con los hechos relacionados con la *eutanasia*.

Se cataloga la naturaleza jurídica de este tipo atenuado como de *eximente incompleta* (referida al estado de necesidad), lo que implica, *de lege data*, que pueda defenderse ya la posibilidad de aplicar, en estos casos, la eximente completa del mencionado estado.

Se sostiene, a pesar de la deficiente y ambigua técnica empleada por el legislador, la desincriminación, por parte de tal precepto, de los casos de eutanasia indirecta y omisiva, se afirma que la enfermedad grave de que se habla en este artículo y número no requiere que sitúe al sujeto pasivo en estado de vida terminal. Se estudian, con cierto de talle, los comportamientos de desconexión de mecanismos artificiales sostenedores de la vida a la luz de la tipicidad del artículo 143.4 de nuestro Código punitivo, reflexionando sobre si se trata de conductas activas u omisivas, advir-

tiendo que no pueden confundirse los conceptos de eutanasia pasiva y omisiva.

En relación con las condiciones intrapsíquicas del sujeto pasivo, no basta el mero consentimiento, puesto que se exige «petición expresa» por parte del mismo, además de reiterada, reflexionada, firme o seria. Lo que exige la adecuada información sobre la gravedad y pronóstico de la enfermedad. Tendrá que ser libremente emitida, sin vicios de intimidación amenazas, engaño..., y habrá de revestir el carácter de inequívoca, es decir, desprovista de toda ambigüedad.

Extremo importante examinado, asimismo, por la autora es el referente al conocimiento, o no, de los elementos atenuantes por el sujeto activo. Desde este punto de vista se hace referencia a los dos posibles supuestos: el caso de quien causa o coopera necesariamente a la muerte, creyendo erróneamente que se dan los presupuestos objetivos y el caso de quien causa o coopera con actos imprescindibles a la misma ignorando que se dieran aquellos requisitos. Se inclina por resolver el primero de los supuestos a través del número 2 del artículo 14 del CP, mientras que apunta a resolver el segundo diciendo que se ha de aplicar el tipo atenuado (aquí, el tipo eutanásico) porque éste viene atenuado al apreciarse una disminución del contenido del injusto y «no por una menor culpabilidad del autor.»

El libro termina con un conjunto de observaciones en torno a los problemas concursales relacionados con el tan mencionado artículo 143 (relaciones tanto internas como externas).

Tanto en los supuestos de relaciones concursales internas (entre los casos de los cuatro números del art. 143) como en las relaciones concursales externas (de este artículo con los arts. 138 y 139 del CP) hay que apreciar concursos de normas y no de delitos.

Se trata, por lo que puede vislumbrarse de lo hasta aquí expuesto, de un libro interesante no sólo por los bienes jurídicos tratados, sino por su sólida trabazón argumental y coherencia lógico-jurídica positiva (la autora no entra a considerar, en ningún momento, las cuestiones que analiza, desde criterios ético-axiológicos o filosófico-jurídicos). Trata con conocimiento y soltura suficientes los aspectos más relevantes que integra la problemática, tan compleja, del artículo 143 de nuestro Código penal.

Por otra parte, y sin contradecir lo que se acaba de afirmar, quiero dejar constancia de lo siguiente. A la hora de enjuiciar la protección de la vida humana por parte del Legislador ante determinados supuestos de oposición del individuo, poseedor concreto de aquélla, la autora, a mi modo de ver, se inclina, en exceso (como tantos otros autores) por la defensa de vertientes individualistas. Lo digo sin negar que sea la persona humana concreta el principal titular de aquel bien fundamental (que, jurídicamente, sin duda lo es), sino en el sentido de que parece no tenerse en cuenta que la vida humana, encarnada, de forma singular, en cada uno de

los seres humanos, no sólo es valiosa para dicho titular, sino que posee también gran valor para la comunidad.

La vida humana no sólo es el máximo (o uno de los máximos) bien de cada ser humano (dimensión individual del bien), sino que tiene un gran valor social. (Todos los bienes tutelados por el Estado Social y Democrático de Derecho y, sobre todo, los relacionados con los derechos fundamentales de la persona, poseen, también, esa dimensión.) El TC español, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, dejaba claro que: «El derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la CE es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (FJ núm. 3). ¿Es extraño, entonces, que un Estado de dicha naturaleza pueda (y, a veces, deba) proteger la vida humana, al menos frente a la intervención de terceros, aún en contra del titular de la misma, cuando considere, de forma razonable, que se puede proteger tal bien sin atentar contra la dignidad de la persona?

Existe, en virtud de la misma naturaleza, libre, del ser humano, la posibilidad, al menos psicológica, de que éste atente contra la propia vida. Nuestra Constitución reconoce, desde luego, la libertad *in genere* de la persona, estableciéndola como un principio de valor superior, impregnante del ordenamiento jurídico. Pero en ninguna fuente jurídica se dispone que cualquier decisión emanada de esa libertad, si no ataca, directamente, derechos de terceros, haya de ser reconocida como ejercicio de un derecho subjetivo y, menos, de un derecho fundamental. El Estado de Derecho ha de reconocer los derechos inalienables del ser humano, pero éste sólo podrá ejercer, como tales, los configurados, concretamente, *in iure dato*. Por eso, la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 dic. 1948) en su artículo 2 afirma que «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración...». Pues bien, si ello es así, ha de advertirse que ni en esa Declaración ni en nuestra Constitución, se reconoce a nadie el derecho subjetivo a disponer como y cuando quiera de su propia vida. Entonces ha de concluirse que el titular podrá quitársela, en uso de su capacidad de decidir libremente, pero no podrá exigir, invocando el ejercicio de un derecho, la participación, jurídicamente «irresponsable», de otros en su actividad suicida. El Estado de Derecho puede (e, incluso, debe) prohibir aquélla, sin atribuirle arbitrariedad o abuso de poder, para salvaguardar la dimensión *social* de la vida humana, de cada vida humana o, efectivamente, como reconoce la misma autora, para evitar incidencias manipuladoras de terceros en la resolución del suicidio.

CÉSAR HERRERO HERRERO

Doctor en Derecho, Graduado Superior en Criminología,
Profesor de Derecho penal y Criminología

Recension a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens (La punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz)*, de Thomas WANDRES. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129), Berlín, 2000, 338 páginas

I

El trabajo de Wandres dirigido por F.-C. Schroeder representa un serio intento de investigar hasta dónde legítimamente puede el Derecho Penal luchar contra el fenómeno de la expansión de la ideología racista ligada a la extrema derecha en Europa. Es decir, se ocupa de un tema de plena actualidad política que, en lo que aquí nos interesa, afecta a las bases teóricas del Derecho Penal moderno y a la cuestión de qué puede aportar el ordenamiento jurídico-penal para la pervivencia de las bases del vigente sistema basado en el Estado social y democrático de Derecho. Se puede observar la relevancia práctica y teórica de la cuestión no sólo por la ingente cantidad de artículos y de comentarios de sentencias (no sólo del Tribunal Supremo alemán sino también de otros tribunales inferiores) existentes en la doctrina alemana sobre el tema donde se pueden encontrar perspectivas de lo más diverso, sino también porque coetáneamente a la publicación de esta monografía ha aparecido otra que se ocupa del mismo tema: Andreas Stegbauer, *Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts (La propaganda de extrema derecha a la luz del Derecho Penal)*, Múnich, 2000. El problema de fondo es hasta dónde puede ser combatido mediante el Derecho Penal ideologías que amparan, justifican, legitiman o minimizan la comisión de determinados hechos delictivos.

Este autor, que parte de la idea de que con el actual estado de cosas en Alemania se necesita la intervención del Derecho Penal para preservar el sistema democrático, profundiza en el análisis dogmático de cuáles son los casos en los que una conducta que niegue la existencia del genocidio judío en Europa durante los años treinta y cuarenta se merece una pena. El objeto del trabajo reside en analizar la relevancia penal de dicha negación, que tiene su fenómeno más representativo en la negación de la existencia de una masacre en el campo de concentración de Auschwitz. Para ello apura todas las posibilidades que ofrece la Ciencia del Derecho Penal dominante intentando no lesionar determinados principios básicos del Derecho Penal moderno ni determinadas exigencias constitucionales. Los propósitos que animan este libro justifican, pues, una recensión de un tema que aunque aparentemente afecta a la parte especial precisa un tratamiento dogmático general y que no resulta ajeno a la realidad española si tenemos en cuenta que en estos momentos el Tribunal Constitucional español tiene pendiente una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 607.2 CP que encierra todos los problemas de fondo que trata este libro.

La excelente monografía de Wandres se ve motivada por la aparición mediante la *Verbrechensbekämpfungsgesetz* (*VerbrBekG*) en 1994 (de 28 de octubre y en vigor a partir del 1 de diciembre de 1994) del apartado tercero del § 130 que tenía como finalidad declarada combatir la aparente extensión de la ideología nazi en la sociedad alemana. En virtud de este reforma desde 1994 se castiga en Alemania con hasta cinco años (!) de prisión al que apruebe, niegue o minimice una conducta genocida realizada en la época del nacionalsocialismo que sea idónea para perturbar la paz pública. Cabe señalar como dato que el § 130 del Código Penal alemán apareció en 1960 y que la ley de 1994 tenía como objetivo general mejorar los instrumentos jurídico-penales de lucha contra la criminalidad organizada, en este caso concreto, por tanto, contra la criminalidad organizada de extrema derecha o de ideología nacionalsocialista.

Es preciso contextualizar esta norma para entender el valor del libro de Wandres. Es evidente que con esta reforma de 1994 y la introducción de la aprobación, negación o minimización (cuantitativa o cualitativa) del genocidio el legislador intentó reaccionar frente a la opinión pública al denominado escándalo Deckert sentenciado por el Tribunal Supremo alemán pocos meses antes (en profundidad, pp. 116 ss.). Günter Deckert es un dirigente del partido de extrema derecha NPD (Partido Nacionaldemocrático de Alemania) que mediante diversos actos de invitación, traducción y apoyo contribuyó a expandir la obra revisionista de un negador del holocausto. El Tribunal Supremo alemán (BGHSt 40, pp. 97 ss. –NJW 1994, pp. 1421 ss., o NSTz 1994, pp. 390 ss.–) consideró que la simple negación del holocausto era un delito de injurias pero no constituía un delito de provocación al odio racial (por lo que casó la sentencia condenatoria con base en este delito realizada por el Landgericht de Mannheim –LG Mannheim NJW 1994, pp. 2494 ss.–). Según la doctrina sentada por el alto tribunal germano el tipo de incitación al odio racial sólo se realiza en los casos que denomina como de mentiras sobre Auschwitz «cualificadas», es decir, cuando la negación se identifica con una ideología racista o se afirma que se trata de un invento judío para extorsionar a Alemania. Desde entonces esta doctrina está siendo utilizada por los tribunales inferiores.

El legislador germano, ante la coyuntura política alemana y el escándalo que sucedió a la sentencia a pesar de la condena por injurias, quiso rechazar la doctrina jurisprudencial de la diferenciación entre negaciones simples y cualificadas mediante la introducción del § 130 III. Esto es tan evidente que esta consecuencia de la reforma ha sido asumida por un sector de la doctrina alemana. El envenenamiento del clima político, especialmente en los estados que formaban parte de la antigua República Democrática de Alemania, y los peligros que podían derivar de dicho estado de cosas eran proclives a prescindir de precisiones conceptuales. El legislador quiso dejar cerrada la posibilidad de distinciones dogmáticas que abrieran ámbitos de atipicidad o de impunidad.

La tesis central de Wandres consiste, precisamente, en la afirmación de que el legislador no ha conseguido su propósito. Este autor considera que, a pesar de la *voluntas legislatoris*, la simple negación debe seguir siendo considerada impune por regla general, tanto desde la perspectiva del delito de injurias como del de la incitación al odio racial. La interpretación de este autor anula las intenciones del legislador e, incluso, supone una crítica a la vía de castigo –o de escape de las pretensiones punitivas de la opinión pública– que la jurisprudencia alemana había abierto a través de la vía de los delitos contra el honor.

La monografía se divide en cuatro grandes apartados: 1. La negación de Auschwitz como fenómeno social. 2. Una exposición sobre el estado de la cuestión relativa al tratamiento penal de la negación de Auschwitz. 3. Las nuevas concepciones de Wandres sobre el tratamiento penal de la negación de Auschwitz. 4. Constitucionalidad del Derecho Penal contra la negación de Auschwitz. En realidad, se trata de abordar la perspectiva sociológica, la perspectiva dogmática y la perspectiva constitucional del problema.

LA NEGACIÓN DE AUSCHWITZ COMO FENÓMENO SOCIAL

En el apartado primero Wandres describe el sustrato social de la negación del holocausto en el contexto alemán analizándolo como fenómeno social (pp. 21 ss.). En el libro se argumenta cómo si se quiere entender la realidad del problema no se debe fijar la relevancia del mismo en la negación histórica sino en el mensaje que la acompaña: los enemigos de Alemania se inventaron esa mentira o falsearon la historia para mantener injustamente al país extorsionado y sojuzgado (económicamente, políticamente, moralmente, etc.) en su propio beneficio. En este marco se resalta el enorme contenido simbólico y emocional que encierran las referencias a Auschwitz, lo que explicaría (no necesariamente legitimaría) la existencia de una norma especial para castigar específicamente la negación de la existencia del campo de concentración y exterminio de Auschwitz, la instalación más importante en la operación de exterminio de los nazis. En este tipo de consideraciones sociológicas como sustrato de las decisiones legislativas se insiste también en la idea (pp. 54-66) de que la historia es un factor de identidad de cualquier sociedad (lo cual diferencia el fenómeno en Alemania del de otros países). Esto es así en Alemania especialmente en lo que respecta a todo lo que tenga que ver con la época histórica ligada al nacionalsocialismo que es algo más que historia que se estudie en los manuales de los colegios, ya en realidad sigue siendo políticamente relevante en la actualidad. El actual Estado alemán tiene sus bases en una relación de rechazo con los hechos protagonizados previamente por Alemania en la época nacionalsocialista. El rechazo al holocausto representa, pues, un elemento básico de consenso de la sociedad alemana con-

temporánea. Este autor señala cómo el § 130 III representa una opción político-criminal: la interiorización normativa de la existencia de un hecho histórico, el holocausto (p. 64). Ahí reside gran parte del problema político-criminal que representa este delito.

Estas consideraciones de partida se acompañan de un estudio histórico del fenómeno (pp. 24-49), de un análisis de cómo la propia justicia de la República Federal de Alemania ha ayudado a formar una idea histórica de Auschwitz a pesar del escaso número de procedimientos en la postguerra relativos al genocidio judío (pp. 50-54) y de una investigación de la negación de Auschwitz como fenómeno internacional (66-69).

En esta primera parte Wandres expone cómo, a pesar de las intenciones del legislador, desde una perspectiva dogmática no es posible castigar toda negación *per se*, ya que las normas penales no pueden pretender mantener la corrección de una interpretación histórica en el marco del debate público y político. En este sentido considera que no se debe llevar a cabo una censura de la revisión histórica siempre que sea metodológicamente correcta. La cuestión central pasa a ser cuándo las manifestaciones públicas o la publicación de estas ideas revisionistas pueden ser jurídico-penalmente relevantes. Para ello se propone una clasificación de los diversos modelos de negación tras realizar una exposición histórica de cómo se ha desarrollado esta negación (pp. 71-79). Para Wandres las modalidades o fenómenos de aparición son básicamente dos:

1. La simple negación de Auschwitz (pp. 80-93), que consistiría simplemente en discutir la existencia del holocausto como verdad histórica. Se trataría de discutir la verdad histórica del genocidio judío sin sacar conclusiones sobre el origen de esa dominante visión «deformada» de la historia ni de los motivos de su mantenimiento. En estos casos reconoce Wandres que no se puede tratar de forma distinta cada caso dependiendo de razones subjetivas como el conocimiento de la falsedad de lo que se está diciendo o de las motivaciones políticas de cada autor. Aunque más que una cuestión dogmática o principialista la argumentación tiene bases pragmáticas: aunque no es imposible constatar dichos datos, son muchas las dificultades prácticas que surgen para diferenciar unos supuestos de otros. En todo caso Wandres considera que en principio sólo debe plantearse la relevancia penal de lo que denomina revisionismo radical (no, por ejemplo, en considerar que hay que reducir el número total de víctimas al 80 % de lo que se suele sostener) y expone los métodos que estos revisionistas radicales han utilizado para sus fines.

2. La afirmación de que Auschwitz es un engaño inventado o lo que se puede denominar *Auschwitz-Lüge* (mentira de Auschwitz) en sentido estricto (pp. 93 s.). En estos casos según el autor del libro el mensaje explícito que acompaña a la negación de que Alemania ha sido víctima de un engaño histórico protagonizado por el mundo judío puede tener rele-

vancia penal. Los mayores problemas se presentarían en los casos en los que ese mensaje no es explícito sino tácito.

Wandres considera que el revisionismo radical excede el sentido de una reivindicación histórica y pretende tener consecuencias concretas en el presente. El Derecho Penal debe tener en cuenta que dichas manifestaciones se vinculan con una ideología racista, antisemita o nacionalsocialista (pp. 94 s.) al vincular el holocausto con un invento judío. Se trataría de camuflar la incitación al odio antisemita ya que con la negación en realidad se pretendería provocar persecuciones masivas de judíos o pogromos (pp. 95 s.) como reacción contra los que inventaron esa mentira que atenta contra intereses alemanes. Los revisionistas radicales pretenderían con sus actividades facilitar una base argumental contra los actuales atentados contra judíos. Wandres asume la definición extendida de estos sujetos como incendiarios espirituales o ideológicos (*geistige Brandstifter*) y considera que frente a ellos el Derecho Penal no debe quedarse cruzado de brazos teniendo en cuenta la experiencia histórica.

Esta primera parte del trabajo finaliza con la exposición de lo que va a suponer el eje de su discurso. Wandres propone una nueva terminología para comprender jurídicamente este fenómeno (pp. 96-99) y alrededor de dicha terminología se va a desarrollar el hilo argumental del trabajo. Frente a la actual clasificación doctrinal y jurisprudencial que sólo diferencia entre las mentiras sobre Auschwitz simples y cualificadas, dependiendo de la identificación de la negación con una ideología antisemita, y de la que se viene haciendo depender la relevancia jurídica de la conducta, considera Wandres que hay que partir del concepto más neutral de «negación de Auschwitz» y diferenciar a partir de esa característica común entre tres formas de llevar a cabo dicha negación:

1. Simple revisión radical de la historia sin sacar conclusiones (que se correspondería con la denominada mentira de Auschwitz simple, pero que en realidad no se puede calificar como mentira de Auschwitz).

2. Revisión radical de la historia como instrumento de ataques contra intereses personales. En estos casos la discusión histórica no es más que un vehículo o un cobijo para otros fines distintos. La historia no es utilizada más que como pretexto para atacar bienes jurídicos personales. El ejemplo en este sentido es afirmar que Auschwitz es un invento de un determinado círculo de personas en su propio beneficio.

3. Revisión radical de la historia como instrumento de puesta en peligro grave de bienes jurídicos. En estos casos no se pretende en realidad modificar la visión histórica sino ciertas representaciones del presente. Se pretende orientar a la opinión pública contra determinados grupos como el de los judíos, modificando el clima público para crear sentimientos colectivos que sirvan como base sociopsicológica para organizar ataques

contra el grupo estigmatizado. Se trata de casos en los que no se busca un atentado directo contra dicho círculo de personas, sino efectos propagandísticos o de agitación que mediante una influencia psíquica motiven a otros a cometer delitos contra dichos sujetos. Según Wandres, mediante la estigmatización de los judíos se fomenta una disposición a su persecución apenas dominable y con ello se ponen en peligro los bienes jurídicos personales de ese círculo de personas.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el apartado segundo (pp. 100 ss.) Wandres analiza cómo se ha tratado jurídico-penalmente la negación de Auschwitz hasta ese momento en Alemania. Dejando otras posibilidades de lado este autor analiza si se podría castigar la negación del holocausto como un delito de injurias (§§ 185 ss. CP alemán) o de incitación al odio racial (§ 130 CP alemán). El primero prácticamente no se ha visto afectado por la reforma de 1994 (salvo en lo que respecta a las relaciones concursales).

Wandres expone en esta parte el estado de la cuestión hasta la ley de lucha contra la criminalidad de 1994 (pp. 123-133), las novedades de la ley y los comentarios —muchos de ellos críticos con su legitimidad— que la reforma ha suscitado y termina con una exposición de Derecho comparado (pp. 142-159), en la que curiosamente no se hace referencia al Derecho español en el que no sólo existe una norma, sino que se ha hecho uso de ella y está pendiente una cuestión de constitucionalidad.

PROPUESTA DE SOLUCIÓN

En el apartado tercero (pp. 160 ss.) intenta Wandres interpretar las tres modalidades de negación de Auschwitz planteadas por él en relación al Derecho alemán vigente tras 1994. Para ello parte para dicha interpretación de una exposición de su visión de la teoría del bien jurídico en su función crítica o trascendente al sistema (pp. 161-177), que define como «Derecho constitucional penal» («Strafrechtliches Verfassungsrecht»). La monografía parte de la asunción de la teoría personal del bien jurídico, cuyo principal representante es Hassemer.

La negación de Auschwitz como delito de injurias (§§ 185 ss. CP alemán)

Wandres comienza analizando la punición de la negación como injurias (pp. 177-210) y si las tres modalidades de negación propuestas en el libro lesionan el honor como bien jurídico.

La monografía deja al descubierto algunos inconvenientes que presenta desde una perspectiva material la punición de la negación del holocausto a través de las injurias. Resulta difícil poder afirmar que negar que alguien haya sido víctima de una desgracia o negar en general su destino vital se pueda considerar como una injuria. Ello es evidente si pensamos en una desgracia natural en vez de en un hecho delictivo. Como afirma convincentemente el monografista (p. 189), convertirse en víctima de un delito es tan trágico como casual y por ello una desgracia personal de esas características es neutral desde la perspectiva del honor. La negación de Auschwitz sólo puede pasar a ser relevante, por tanto, para el delito de injurias cuando se afirma no sólo que los supervivientes no son tales sino también que mienten. Esa calificación como mentirosos representa ya un ataque personal que podría fundamentar su castigo como injuria. Es difícil pensar, sin embargo, que la injuria pueda afectar a otras personas distintas de los supervivientes o de aquellos que se les imputa formar parte del círculo de personas que se inventaron la mentira de Auschwitz. No parece adecuado considerar que es un atentado contra el honor de una persona decirle que un ascendiente no fue superviviente del holocausto y que, por tanto, mintió sobre su vida. Ello es comprensiblemente irritante pero no lesiona el honor (siempre que no se mantenga un concepto fáctico de honor que abarque elementos emocionales o incluya los sentimientos del afectado de ser denigrado). En definitiva, la monografía de Wandres deja en evidencia, como ya había hecho anteriormente un sector de la doctrina alemana, los problemas que la negación de desgracias encierra para el delito de injurias. Lesión del honor y no reconocimiento de la identidad personal son dos cosas distintas (Jakobs, GA 2001, p. 560). Los delitos de injurias no protegen la identidad personal ni los diversos elementos que la configuran.

La justificación del genocidio también plantea problemas en la medida que dicho mensaje suele ir más dirigido a ensalzar a los autores del mismo que a denigrar a sus víctimas. No se trata de negar el honor de la víctima sino el deshonor del autor de los hechos.

En lo que respecta a las injurias Wandres señala como en la práctica no se presenta el fenómeno de la negación de Auschwitz como una injuria concreta contra un sujeto concreto, por lo que el problema debe englobarse dentro del problemático estudio de las injurias contra colectivos. Ello se ve dificultado (también en España) porque no existe una terminología unitaria en los estudios específicos sobre la materia. En esencia, la cuestión central en estos casos es si un colectivo autónomamente considerado puede ser sujeto pasivo del delito de injurias (*Kollektivbeleidigung*) o si existen casos en los que la injuria colectiva implica a su vez una injuria individualizada contra cada miembro del colectivo y debe ser interpretada como un conjunto de injurias individuales (*Sammelbeleidigung*). Las pp. 201 ss. están dedicadas a la problemática de las injurias contra varias

personas. Ello es especialmente importante cuando la negación como manifestación de una ideología racista va acompañada de expresiones denigrantes o vejatorias contra los judíos. ¿Qué sucede cuando se afirma que son los judíos los que han falseado la historia?

Es evidente que no se puede entender razonablemente que dicha información implique que cada miembro de la comunidad judía ha participado en el falseamiento del holocausto. Wandres (pp. 203 s.) niega la posibilidad de que se entienda que el sujeto pasivo de la injuria es el Consejo Central de los judíos en Alemania (Zentralrat der Juden in Deutschland) como colectivo más representativo de esta comunidad, por lo que profundiza en la idea de que la expresión contra el colectivo afecte al honor de sus miembros; es decir, si la afirmación de la mentira supondría en realidad un concurso ideal de injurias individuales. Wandres considera que en caso de grupos grandes (como los judíos, los católicos, los protestantes) no se puede entender razonablemente como punto de partida que el autor de la expresión piense que cada uno de los miembros del grupo sin excepción miente y, por tanto, que le impute a cada integrante haber participado en la mentira (p. 204). Wandres considera que sólo es posible hablar de injurias en caso de minorías en una determinada sociedad (pp. 204 ss.), especialmente cuando existe el peligro de discriminación. En esa perspectiva discriminadora cree Wandres que se puede fundamentar el injusto propio de las injurias. En concreto, con respecto a la mentira de Auschwitz, cuando la negación va vinculada a un estereotipo antisemita. Por ejemplo, cuando se manifiesta que es una característica típica de los judíos utilizar el engaño para sus propósitos. Wandres asume que en estos casos nos encontramos ante un delito de injurias aunque el estereotipo no se manifieste expresamente siempre que la negación lleve implícita una ideología antisemita.

En conclusión, según el monografista no es punible como delito de injurias la mera negación (lo que se denomina en la monografía fenómeno 1). Supone un delito de injurias la afirmación de que Auschwitz es una mentira (fenómeno 2) siempre que expresamente o de forma concluyente se afirme que son los judíos los que han causado o se aprovechan de dicho engaño, en la medida en que se trata de una afirmación que conlleva implícitamente un estereotipo antisemita. En realidad Wandres acaba asumiendo que siempre es así.

La negación de Auschwitz como un delito de incitación al odio racial (§ 130 CP alemán)

Wandres se ocupa de este delito (pp. 210-264) en el marco de la punición de los actos previos al delito, calificándolo como una apología nebulosa o vaga. Estratifica el fenómeno general de la motivación ajena a la co-

misión de delitos en tres niveles dependiendo del grado de determinación del hecho, del autor y de la víctima. De mayor a menor grado de concreción se trataría de: 1. Inducción, 2. Provocación pública a la comisión de hechos delictivos, y 3. Provocación al odio racial. El paralelismo de esta clasificación con el Derecho positivo español se podría establecer en los siguientes términos: 1. Inducción, 2. Apología como acto preparatorio (art. 18), y 3. Apologías difusas (arts. 510, 578, 607.2). En la incitación al odio racial queda indeterminado el hecho y el autor, quedando definida de forma genérica la víctima en cuanto miembro de un grupo. En esencia lo que según Wandres pretende evitar el tipo de odio racial es que dicho tipo de incitación pueda llegar a ser de alguna manera idónea por un cúmulo de circunstancias para preparar en el ámbito del Estado alemán un delito contra la humanidad.

Wandres, buscando una legitimación independiente de los delitos que en última instancia se pretenden evitar (asesinatos, mutilaciones, etc.), mantiene que la paz pública representa el bien jurídico protegido en este delito (pp. 213-222). Tomando como punto de partida que desde la perspectiva del Derecho positivo, dogmática o inmanente al sistema es éste el objeto de protección de la norma analiza si desde su postura de aceptación de una teoría personal del bien jurídico como criterio legitimador del injusto presenta dicho bien jurídico un contenido material aceptable. Desde sus puntos de partida rechaza en otros lugares del libro otros bienes jurídicos propuestos por la doctrina como la protección de la verdad histórica (pp. 239 ss.), que no se trate en definitiva más que de la protección de un tabú (pp. 242 ss.) o que este tipo se pueda entender como protector directo de bienes jurídicos individuales en la línea de una injuria colectiva.

Como punto central de su trabajo Wandres analiza el significado de la paz pública como bien jurídico protegido. En el marco de dicha exposición se rechaza una dimensión subjetiva de la paz pública (sentimientos de seguridad de la opinión pública) como bien jurídico asumiendo una dimensión objetiva (situación de estabilidad). Wandres considera que en la primera concepción el juez debería determinar la perturbación de la paz teniendo en cuenta los sentimientos de las víctimas potenciales mientras en el segundo caso debe dirigir su mirada hacia los autores potenciales.

En la monografía se defiende que un concepto de paz pública orientado a la psicología social, a los sentimientos colectivos o enriquecido con elementos subjetivos debe ser rechazado, ya que no presenta utilidad alguna en el ámbito del Derecho Penal (pp. 214-216). El juez no puede determinar cuáles son los efectos psicológicos o emotivos que puede haber tenido una expresión en la población, especialmente por la heterogeneidad de las sociedades modernas. Esta referencia a las víctimas potenciales llevaría implícito, por tanto, el peligro de la especulación y el decisionismo. Se considera que aunque se pueda llegar a afirmar que siempre que haya una perturbación real de la paz entendida como estabilidad social

quepa esperar una perturbación de los sentimientos de la población, no se puede realizar dicha afirmación en sentido contrario. No siempre que los sentimientos se ven perturbados viene ello motivado por causas objetivas o racionales. Habrá siempre un sector de la población que ante determinadas expresiones o manifestación de opiniones se sienta insegura aunque no existan razones objetivas para ello. Con ello la punición siempre estaría asegurada con la mera negación.

Cabiendo sólo la opción a favor de un concepto objetivo de paz pública Wandres se preocupa de cómo establecer criterios racionales para poder realizar un pronóstico de peligro para la estabilidad de la sociedad. Para ello intenta hacer útil el arsenal conceptual del Derecho de policía alemán (pp. 218-221), proponiendo como criterio un juicio hipotético sobre si un funcionario de policía que se encontrara en el lugar del hecho podría o debería intervenir para proteger derechos individuales. Según Wandres se lesionaría el bien jurídico paz pública cuando se crea una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos personales de un número indeterminado de individuos en la que hipotéticamente un funcionario de policía estaría obligado a intervenir si estuviera presente. El bien jurídico paz pública sería la ausencia de una situación de esas características. Wandres asume que en la medida en que el § 130 CP alemán exige que la conducta sea adecuada para perturbar la paz pública se trataría de una tipificación de un peligro (para bienes jurídicos individuales). Por ello analiza qué tipo de peligro es el que se encuentra tipificado en estos casos (pp. 224-227).

Aquí no se va a profundizar en el particularizado estudio de la conducta típica del § 130 III CP alemán (aprobar, negar o minimizar una conducta genocida realizada en la época del nacionalsocialismo) que se lleva a cabo en el libro (pp. 228-260) por carecer de especial interés para el lector español. En dicho estudio Wandres se dedica a analizar la negación del genocidio que equipara a su minimización cuantitativa (la cualitativa encerraría un mayor parentesco con la aprobación) junto con la difusión de escritos (pp. 260-262). El aspecto que desde una perspectiva comparada puede presentar mayor interés reside en el propósito de Wandres de desarrollar una interpretación restrictiva de tal manera que queden fuera del ámbito típico conductas que es impensable que un legislador razonable pueda apreciar como modelo de peligro para la paz pública (p. 232). Este autor busca dejar en el ámbito de lo típicamente relevante sólo negaciones cuya potencialidad de provocación psico-social sea tan grande que se pueda entender que encierran un riesgo para la paz pública. En este sentido Wandres sólo deja fuera del ámbito de lo penalmente relevante aquellos casos en los que queda excluido que surja como consecuencia de la expresión un estado de ánimo o tendencia a la persecución masiva de judíos o a pogromos en sectores de la población inclinados a ello. En virtud de ello considera que la negación será punible cuando se dirija como influencia espiritual hacia grupos de personas afines ideológicamente, in-

clinadas a atentar contra judíos, sobre todo cuando se trate de grupos organizados. En los casos denominados en la monografía como fenómeno 1, es decir, en la mera negación de los hechos, falta dicha capacidad agitadora o excitadora de masas con una inclinación antisemita (pp. 251 ss.). Sin embargo, matiza esta afirmación considerando que ello no será así cuando con base en las circunstancias objetivas que pueden rodear una negación total del holocausto o de la existencia de cámaras de gas para exterminar al pueblo judío se pueda llegar al convencimiento fundado de que el negador vincula su revisión histórica con la consecución de determinados fines en el presente. En esos casos considera Wandres que el autor ha superado los límites entre la negación simple y la negación cualificada de Auschwitz (pp. 253, 255).

El fundamento de la punición se basa en la relación de la negación con los grupos destinatarios del mensaje. De esa manera, por ejemplo, no podría ser punible la negación del holocausto ni la afirmación de que se trata de un invento de los judíos realizada en el marco de un acto académico de especialistas.

Conclusiones

La negación de Auschwitz mediante la modalidad 1 (simple revisión radical de la historia) no es típica como delito de injurias ni tampoco se puede calificar en general como incitación al odio racial (§ 130 CP alemán). Se podría castigar de forma excepcional algún supuesto a través del tipo específico de negación del holocausto siempre que la manifestación encierre un potencial de agitación especialmente alto, sobre todo en los casos de negación total del holocausto o de los asesinatos masivos en las cámaras de gas.

Las cosas cambian con la modalidad 2 (mentira de Auschwitz en sentido estricto). La radical revisión de la historia va unida en estos supuestos de forma explícita o concluyente a la afirmación de que la historia se ha visto falseada y que la mentira está siendo utilizada contra los intereses alemanes. Este tipo de afirmaciones son para Wandres relevantes para el delito de injurias siempre que se le impute ese gran engaño a los judíos. Además la mayoría de los casos serán punibles a través de la tipificación específica de la negación de Auschwitz (§ 130 III) debido a la capacidad agitadora o de exaltación anímica de grupos que encierran esas afirmaciones. Wandres afirma que en caso de concurrencia deberá tratarse el hecho como concurso ideal de delitos y no como un concurso aparente de normas debido a la diversidad de bienes jurídicos protegidos y a la diferente técnica de protección empleada.

La modalidad 3 supone una injuria que también reúne los requisitos del tipo general de incitación al odio racial del apartado primero del § 130

CP alemán, que es especial con respecto a la negación de Auschwitz del apartado tercero. Aunque no quepa descartar según Wandres que se eluda mediante diversos recursos la calificación como injurias, en la mayoría de los casos existirá un concurso ideal entre el delito de injurias y el de incitación al odio racial.

Wandres mantiene, pues, en sus conclusiones con respecto a la incitación al odio racial una posición similar a la del Tribunal Supremo anterior a la reforma de 1994 que el legislador quiso dejar sin validez.

Se omite una exposición de las referencias que se llevan a cabo accesoriamente en este apartado respecto al problema de la autoría por convicción (pp. 264-269) y algunas reflexiones de tipo procesal (pp. 270-274).

CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL CONTRA LA NEGACIÓN DE AUSCHWITZ

Wandres finaliza sus reflexiones sobre la negación de Auschwitz (pp. 275 ss.) ocupándose de la constitucionalidad de la nueva punición de la negación de Auschwitz. Este autor considera que con su interpretación restrictiva se han salvado los inconvenientes que puede presentar este precepto desde la perspectiva constitucional y que su interpretación posibilita una aplicación acorde con la constitución.

En relación a la libertad de opinión Wandres considera que el castigo de la mera negación (modalidad 1) es anticonstitucional. En el caso de los otros dos supuestos no habría ningún problema para asumir su constitucionalidad. Por tanto, si hubiera que interpretar la negación del genocidio judío en sentido amplio como punible tal y como parece que pretendía el legislador alemán en 1994, habría que entender que dicha norma tendría un contenido no respetuoso ni con la libertad de expresión ni con la libertad científica.

II

Las últimas actuaciones del legislador alemán en materia penal frente a las actividades de extrema derecha, neonazis o antisemitas tenían claramente fines populistas como respuesta rápida a determinados sucesos relacionados con dichas actividades que habían escandalizado a la opinión pública. Este tipo de actuaciones no resulta extraño tampoco en el contexto español. Sólo hay que pensar en la reciente reforma de los delitos de terrorismo tras la polémica en relación a la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional en el caso de la condena a la mesa de HB (sobre la sentencia condenatoria del TS en sentido crítico, Gimbernat Ordeig, «La sentencia de HB», *Ensayos penales*. Parece, pues, que nos encontramos

ante una manifestación de política criminal simbólica que según Hassemer viene provocando que «el legislador reconozca con rapidez en la opinión pública una «necesidad de actuación» y que la satisfaga con prontitud». Es evidente que ante una determinada coyuntura (cuya punta de iceberg ha sido el escándalo Deckert) el legislador alemán ha pretendido tranquilizar a la población, acallar demandas sociales o generar o acrecentar sentimientos de seguridad. El Derecho Penal, por su fuerte contenido simbólico (entidad de las sanciones, jurisdiccionalización del problema con todas las ventajas que ésta conlleva frente a otros sistemas jurídicos sancionatorios, carga de reproche que por sí misma conlleva la referencia a una condena penal, etc.) se ve forzado a intervenir cuando ciertos fenómenos parecen estar vinculados a los consensos mínimos de un determinado orden social o al mal denominado mínimo ético, en expresión de Jellinek. El intenso contenido simbólico del Derecho Penal es un arma de doble filo que conduce en muchas ocasiones a la perversión del sistema normativo jurídico-penal. Si Wandres no enarbola el eslogan combativo o crítico del Derecho Penal simbólico (Hassemer y la escuela de Frankfurt) es porque considera que es necesaria la intervención del Derecho Penal frente al fenómeno que es objeto de su monografía. Lo que se plantea el autor consecuentemente es hasta dónde se puede actuar legítimamente con la *ultima ratio* del ordenamiento, es decir, aborda una cuestión de merecimiento de pena de acuerdo con ciertos principios básicos de la disciplina y del orden constitucional vigente. En coherencia con este punto de partida considera que no existe –salvo casos excepcionales– un injusto penal en los casos de mera negación del holocausto, truncando su interpretación los objetivos del legislador alemán con respecto a la reforma de 1994 del Código Penal en lo referente a estas cuestiones. El trabajo de Wandres es un ejemplo de cómo el trabajo dogmático puede limitar el populismo (aspecto muchas veces olvidado por la escuela de Frankfurt, que se olvidan de la fuerza configuradora de la dogmática y limitan las aportaciones de la Ciencia del Derecho Penal a la oposición frontal a determinados preceptos calificándolos como simbólicos o denunciando la insoportable situación del Derecho Penal, lo cual carece de efectos prácticos), aunque en mi opinión se queda corto en su propuesta de restricción del tipo. Sobre todo porque no deja bien cerrada la distinción entre negaciones de Auschwitz no punibles y las mentiras de Auschwitz que pueden alcanzar relevancia penal. Admitir que la mera afirmación fáctica de la inexistencia de una masacre en Auschwitz (fenómeno 1) puede llegar a ser punible si tácitamente o de forma velada supone una manifestación de que se trata de una mentira inventada por judíos o si se puede llegar al convencimiento fundado de que el negador vincula su revisión histórica con la consecución de determinados fines en el presente o siempre que la manifestación encierre un potencial de agitación especialmente alto acaba echando por tierra la delimitación del alcance del tipo que se pretende laboriosamente construir

a lo largo del trabajo. Se dejan tantas vías de agua abiertas entre los compartimentos que se han pretendido estancar que éstas acaban haciendo zozobrar el barco y evitan que la travesía llegue a buen puerto.

El estudio de Wandres tiene el mérito de sacar a la luz el sustrato sociológico del fenómeno de la negación de Auschwitz en Alemania, contextualizando las necesidades punitivas de una sociedad concreta, lo que en otros ámbitos como el español debería fomentar una reflexión ante las características diferenciadas de una y otra sociedad. La primera parte del trabajo de Wandres demuestra que el significado comunicativo de una conducta depende también de determinadas coordenadas históricas de una determinada sociedad. El hecho punible no es tal por sus características ontológicas sino que es un fenómeno que perturba una determinada sociedad.

La lectura del libro de Wandres demuestra que un tipo como el artículo 607.2 CP español es innecesario como refuerzo del artículo 615. No se puede afirmar siquiera (aunque ello tampoco serviría para legitimar la punibilidad del hecho) que la negación de un genocidio cualquiera afecte a las bases de la identidad del Estado español. Además no cuesta mucho llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad del precepto español cuando los elementos típicos de los que deduce el monografista su interpretación restrictiva para salvar la norma de la inconstitucionalidad no existen en el Código Penal español ni aparecen elementos en el tipo que puedan cumplir alternativamente esa función. A mayores, el modelo español extiende sus referencias a cualquier tipo de genocidio multiplicándose exponencialmente los problemas de legitimidad (como expone Wandres, en Alemania siempre se ha renunciado a tipificar una negación general de estas características, reduciéndose al genocidio nazi por las características de la sociedad alemana).

El trabajo de Wandres encierra también el valor de evidenciar cómo la negación de un genocidio puede tener en relación al contexto social una doble relevancia jurídico-penal: bien como atentado directo contra bienes jurídicos personales (básicamente el honor) o bien por su vinculación con el futuro comportamiento delictivo de terceras personas.

Legitimar el castigo de la negación del genocidio afirmando que se protege en general la dignidad de seres humanos no es más que un salto en el vacío que deja en evidencia los problemas dogmáticos para legitimar una intervención penal frente a expresiones políticamente incorrectas. La dignidad es el concepto de personalidad, y para afirmar que la negación constituye o puede constituir un delito contra las personas habría que concretar la lesión de un derecho personal (por ejemplo, el honor).

Desde esta primera perspectiva del problema el trabajo de Wandres pone de manifiesto lo difícil que resulta interpretar la negación del holocausto por sus características como un delito de injurias, aunque el trabajo de este autor no acaba de convencer en sus conclusiones. Lesión del ho-

nor y no reconocimiento de la identidad personal son dos cosas distintas (Jakobs, GA 2001, p. 560). Los delitos de injurias no protegen la identidad personal ni los diversos elementos que la configuran. Con respecto al fenómeno de las injurias colectivas las diferenciaciones de Wandres son casuísticas y carecen de relación con una teoría global sobre el sujeto pasivo del delito de injurias con respecto al cual no se ofrecen criterios de determinación fiables. Es evidente que Wandres considera que se deben castigar las expresiones discriminatorias contra los judíos, pero dicha conclusión está falta de una fundamentación dogmática clara que evite el decisionismo. Si lo decisivo en las injurias colectivas es entender a los miembros del colectivo como los sujetos pasivos del delito, ¿por qué distinguir entre grupos grandes o pequeños? ¿Por qué diferenciar si en una determinada sociedad existen más o menos miembros de una determinada religión? ¿Por qué en España, por ejemplo, la expresión que no supone una injuria para un católico sí lo puede suponer para un testigo de Jehová o un musulmán? La razón de que cuanto más grande el grupo menos creíble es que la expresión denigratoria vaya dirigida a cada miembro del mismo no convence. Más bien parece que en el fondo no es la protección del honor individual lo que preocupa sino la discriminación de determinados colectivos más propensos a ello. Es decir, en el marco del Derecho Penal español, entraríamos en el ámbito del fin de protección del artículo 510.2: los que difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a determinadas características personales. Esta calificación casa mejor con la idea de Wandres de castigar la negación que lleve implícita una ideología antisemita que la tipicidad por injurias. Con ello se puede observar que más que la protección directa de los bienes jurídicos de los miembros de un grupo minoritario en una sociedad, lo que preocupa son los efectos que pueden tener esas descalificaciones para la normalidad de las relaciones sociales, es decir, en su relación con la aparición de agresiones contra los integrantes de un determinado colectivo.

La posición de Wandres no puede convencer tampoco en lo que respecta a la punición fuera del ámbito de los delitos contra el honor. Es decir, en lo que respecta a la fundamentación del injusto por su vinculación con el futuro comportamiento delictivo de terceras personas. Si nos imaginamos que el autor de un atentado personal contra un judío (asesinato, lesiones, etc.) reconociera que estando inclinado a hacer algo contra los judíos sus motivaciones a cometer el hecho se han visto influidas de alguna manera por determinadas personas que afirman que Auschwitz no es más que una mentira no parece que nadie se plantearía la posibilidad de castigar a los que han mantenido dichas afirmaciones como inductores o por cooperación psíquica (figura que por fortuna cada vez va teniendo un alcance más restrictivo). Ello deja en evidencia que no se está castigando un estadio previo a la ejecución del delito sino otra cosa. El sentido del comportamiento no se capta correctamente si se reduce a una interacción entre

dos personas para atentar contra una tercera que es castigada antes de que pase algo o de que se irrumpa en una organización ajena en la línea tradicional de los actos preparatorios del delito. ¿Qué aporta la negación del holocausto a la organización del hecho delictivo cuando se trata de personas que ya están inclinadas a atentar contra intereses judíos?

Tiene razón Wandres al considerar que la perturbación de la paz no puede consistir sólo en que de algún modo se observe intranquilidad y desorientación o un vago sentimiento de inseguridad. Lo que se está protegiendo con este delito es el clima, la atmósfera o el ambiente sociales que es una realidad objetiva. Ello es lo que significa la protección de la paz pública: un clima que no incite al delito o a la violencia o el mantenimiento de un ambiente acorde al Derecho. Para ello se combate un factor criminógeno: el surgimiento de mecanismos de neutralización que rompen el efecto de inhibición que puede tener el ordenamiento jurídico ofreciendo justificaciones, explicaciones o motivaciones a las acciones delictivas, denigrando o distanciando a la víctima y haciendo desaparecer los vínculos emotivos que se puede tener con ella como persona, etc. (este tipo de rupturas con el ordenamiento vigente han quedado evidenciadas con el experimento Milgram –*vid. Kargl, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*–). No se trata, pues, en principio de la infracción de normas penales en sentido estricto sino de normas que acompañan a algunas normas penales.

Wandres con buen criterio ha querido evitar que la referencia a un bien jurídico sin referente o sustrato material le acabara conduciendo a una fundamentación de la negación del genocidio como injusto que recordara la peligrosidad propia de los denominados delitos cumulativos en los que se sanciona la conducta no por crear por sí sola un riesgo o peligro de entidad suficiente sino por los efectos nocivos de la repetición o reiteración del mismo tipo de comportamientos (Kuhlen, GA 86 y ZStW 105 –en sentido crítico convincentemente Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*–). En estos casos en realidad no se retribuyen injustos sino que se busca gestionar problemas sistémicos. La conducta en este modelo de imputación no tiene capacidad lesiva por sí misma sino en la medida que tenga efectos sinérgicos con otros factores que ya no tienen nada que ver con el comportamiento que es penado. En los delitos cumulativos el fundamento de la pena no depende sólo del comportamiento individual sino que se enmarca en una dinámica de desobediencia en masa descoordinada. El Derecho Penal, por las características de sus instrumentos, sin embargo, exige otro tipo de estrategia preventiva que tenga en cuenta aisladamente la peligrosidad fáctica del hecho individual con independencia de la dinámica colectiva o social siempre que no existan razones para una imputación recíproca de los diversos hechos. Todo ello ha sido tenido en cuenta por el monografista en contra de las intenciones del legislador alemán que ha querido castigar la negación y, sobre todo, su reiteración por su peli-

grosidad presunta para el sistema político alemán (por ello el propósito de la reforma de 1994 es evitar una distinción entre negaciones simples y cualificadas).

Intentando eludir estos inconvenientes Wandres ha vuelto la vista, como suelen hacer los defensores del concepto personal de bien jurídico promovido desde Frankfurt por Hassemer, a los delitos de resultado lesivo donde la doctrina jurídico-penal se encuentra cómoda. Con esta referencia ha intentado desarrollar la imagen de este tipo de delitos como actos preparatorios de un delito de resultado lesivo de derechos individuales (una especie de tentativa de participación imprudente en delitos de homicidio, lesiones, etc.). No es extraño que los nuevos fenómenos de los que se tiene que ocupar el Derecho Penal se quieran explicar a partir de la dogmática de los delitos de resultado lesivo contra bienes jurídicos individuales como si fuera cierta la afirmación de que la Parte General del Derecho Penal es un desarrollo dogmático del delito de homicidio. En realidad, lo que late en el fondo de la exposición de la monografía es que como la experiencia demuestra que existen grupos proclives a atentar contra determinados colectivos se debe tener cuidado para no azuzarles en ese sentido o para no azuzar su odio. Si se hace, en concreto si se habla de la mentira de Auschwitz, no es improbable (previsibilidad objetiva debido a la realidad social existente) que pueda pasar algo que esté tipificado en una norma penal. Por tanto, se sanciona sin más esa falta grave de cuidado con los bienes jurídicos personales de los judíos que consiste en no tener la precaución de realizar determinadas manifestaciones sólo ante grupos inmunes (con escasa probabilidad) a esas tendencias. Parece que habría que deducir que en otras circunstancias de mayor estabilidad iría consecuentemente desapareciendo ese deber.

Wandres deja de lado ciertas consideraciones normativas que invalidan su perspectiva. La previsibilidad objetiva sirve para calcular sucesos naturales, pero no para vincular una conducta con la posible actuación delictiva de otros sujetos autorresponsables. Si se quieren vincular dogmáticamente los delitos de clima y los delitos de resultado lesivo contra bienes jurídicos personales deben tenerse en cuenta ciertas limitaciones normativas canalizadas a través de las instituciones desarrolladas en el marco de la teoría de la imputación objetiva como la prohibición de regreso o el principio de confianza. Es un problema (incumbencia) de los receptores del mensaje cómo deben procesar determinadas informaciones si éstas carecen de un claro sentido delictivo (y no pueden tenerlo cuando en la influencia en motivos ajenos falta cualquier referencia a las circunstancias del hecho o al delito concreto). No se pueden crear responsabilidades ilimitadas por desatar cualquier curso causal no improbable, sobre todo cuando media el comportamiento responsable de terceras personas. A partir de la dogmática tradicional de los delitos lesivos de bienes jurídicos individuales no es posible, pues, explicar (aunque se flexibilicen o

se abstraigan los conceptos de peligro, de dolo eventual, etc.) satisfactoriamente qué es lo que se pretende castigar con los delitos de clima. La única forma de fundamentar materialmente un injusto penal en estos casos sería entendiendo estas tipificaciones específicas como tipos de corrupción o protectores de la infancia y la juventud (en una línea similar a la de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y corrupción de menores). Estos delitos, por tanto, serían legítimos en principio si la actividad corruptora estuviera dirigida a menores de edad o inimputables, pero el problema es que son relevantes con respecto a cualquier tipo de persona. Normalmente los delitos de clima no tienen un ámbito de aplicación tan limitado, sino que plantearían grandes problemas dogmáticos. El problema dogmático reside en que los tipos de corrupción son paternalistas por ello sólo son legítimos en referencia a quien todavía necesita una protección paternalista.

Wandres no ha tenido suficientemente en cuenta que lo que se pretende evitar no es algún homicidio o algunas lesiones sino un genocidio o un delito de lesa humanidad. Lo que en realidad se quiere evitar es que se modifique un clima que facilita el respeto de las normas penales porque, tal y como nos ha enseñado la historia—incluso recientemente—, cuando se trata de atentados masivos contra derechos humanos básicos como el genocidio una vez que se ha modificado la situación política o social es imposible remediarlo o muy difícil reconducirla. En la obra de Wandres falta una relación sistemática con el delito de genocidio que no puede ser entendido más que como un supuesto de criminalidad de masas (Feijoo Sánchez, *La Ley* 98 e *ICADE* 97; desde la perspectiva criminológica Jäger) que se lleva a cabo organizadamente con el apoyo, el amparo, la connivencia o, al menos, el desentendimiento de la población o de un Estado. Lo que en realidad se quiere castigar, lo que se puede definir como el tipo central de la figura delictiva, es la preparación de un estado de ánimo general o colectivo que propicie la persecución masiva de un determinado grupo nacional, racial, étnico o religioso. Como defendía en los trabajos anteriormente citados, la finalidad de la norma que castiga la negación del genocidio es luchar contra el establecimiento de un estado general de opinión en la población favorable al genocidio que sea llevado a cabo de forma planificada, sistemática u organizada. Se trata de una prohibición de preparar psicológicamente a las masas en favor del genocidio por medio de la propaganda. Lo demás, por irritante que pueda ser comprensiblemente para las víctimas y para cualquier persona que conserve un mínimo de decencia, son bagatelas que deben ser excluidas del alcance del tipo. Por tanto, la negación del holocausto sólo debe ser punible cuando se trate de una estrategia diseñada para posibilitar en un futuro no lejano atentados masivos contra intereses judíos. Atentados que se pretende que unos—los camaradas ideológicos— protagonicen y que otros—los más— permitan o respalden. Sólo un hecho de esa magnitud puede ser

apto para necesitar la intervención del Derecho Penal con el objeto de reforzar las leyes de seguridad ciudadana.

En el ámbito de estos delitos de clima deben quedar excluidos, por tanto, los hechos que haya que interpretar en clave individual o como actos preparatorios de un delito contra las personas o, en todo caso, un número reducido de delitos contra las personas. Por ejemplo, si un deportista famoso afirma en un programa de televisión de máxima audiencia que a él le resulta convincente tras algunas lecturas la tesis de que Auschwitz no existió y es un invento del pueblo judío ello será a lo sumo relevante para el delito de injurias si se puede conectar con una lesión del honor de juídos particulares.

La posición de Wandres tiene el grave defecto, por partir de una teoría personal del bien jurídico, de querer explicar la negación del genocidio como una anticipación de la punición de hechos delictivos aislados. Wandres ha querido buscar una legitimación a través de la referencia a bienes jurídicos como la vida o la salud y con ello su interpretación posibilita una aplicación no suficientemente restringida (aunque aparentemente legítima) de este tipo de normas que no tiene suficientemente en cuenta principios normativos básicos del orden social como el principio de autorresponsabilidad (del que se deriva el principio de confianza en que los otros respetarán las normas).

Esta monografía sobre la negación de Auschwitz pone en evidencia uno de los muchos defectos de la teoría personal del bien jurídico promovida por Hassemer y los penalistas de su entorno. La teoría acaba adentrándose en terrenos poco claros y perdiendo la fuerza de su formulación original en la medida en la que sus partidarios acaban asumiendo para evitar conclusiones insatisfactorias la protección de bienes jurídicos universales que en última instancia realicen los intereses de los ciudadanos o sirvan al desarrollo personal del individuo en tanto que sin su protección no es posible la convivencia o el desarrollo de las posibilidades vitales del hombre. Por ejemplo, Hassemer, al que continuamente se remite Wandres, se refiere junto a los clásicos bienes individuales en los casos de lesión o puestas en peligro graves y evidentes a las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado como ejemplos de delitos de peligro que pueden existir en el Derecho Penal. En qué medida se puede llegar a una conclusión como ésta desde su punto de partida no es evidente. Según Hassemer, «un concepto personal de bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre». Pero no se determina en última instancia en qué medida esos bienes jurídicos supraindividuales deben servir para proteger mediatamente a los individuales ni se fijan criterios para ello. Al final se incurre en el decisionismo. Por ejemplo, toda la cuestión relevante al grado de peligrosidad para bienes ju-

rídicos individuales que debe encerrar un delito que no los tiene como objeto directo de protección de cara a su legitimidad ha sido silenciado por la teoría personal del bien jurídico. Hassemer sólo ha podido afirmar que cuanto más compleja sea la relación de la norma con un interés individual para buscar su legitimidad más cuidadoso habrá que ser con el sí y el cuanto de la pena (lo que es asumido por Wandres). Cualquier bien jurídico, por tanto, (incluidos bienes tan difusos como la paz pública o el orden público) se puede vincular mediante el correspondiente nivel de abstracción con intereses personales. Es curioso que una escuela tan crítica con la técnica de los delitos de peligro abstracto vincule la legitimidad de los bienes jurídicos suprapersonales a que encierren una peligrosidad abstracta para intereses individuales. Al final la referencia a la teoría personal del bien jurídico le sirve a Wandres para desechar posibilidades claramente ilegítimas (la verdad histórica, el tabú relativo a la verdad de determinados hechos históricos, etc.), conclusión a la que se puede llegar desde otras perspectivas (como, por ejemplo, la teoría funcional del bien jurídico).

Una persona aisladamente no puede modificar el clima de seguridad pública por la magnitud del objeto de protección. La única forma idónea de participar en un cambio social de esas características es mediante una estrategia continuada realizada en grupo. Lo que buscan los delitos de clima, pues, es luchar contra la delincuencia organizada (sobre este concepto Hassemer, *Strafen im Rechtsstaat*) en este ámbito para protagonizar un cambio ideológico en amplias capas de la población o, incluso, un cambio político. La única forma de entender la punición de la difusión de ideologías criminógenas como un injusto parcial que afecta o es idónea para afectar a ámbitos de organización ajenos (en este caso del Estado de Derecho como condición de seguridad de derechos fundamentales) es concebirla como parte de la organización de un injusto sistémico (Lampe, ZStW 106) frente al que no existen alternativas funcionales. De esta manera se evita interpretar los delitos de clima como meros delitos contra la seguridad de las valoraciones o definiciones conformes al Derecho, lo cual plantearía abiertamente su inconstitucionalidad.

Se puede considerar que —en contra de las intenciones del legislador— la interpretación que se propone frente a la posición de Wandres conlleva una escasa aplicación de este tipo de preceptos protectores del clima —cosa no deseada por Wandres con respecto a los protagonistas de la mentira de Auschwitz—, pero ello se debe considerar más un efecto beneficioso que contraproducente o un defecto de la construcción que aquí se propone como alternativa. Las normas excepcionales son para supuestos realmente excepcionales, para los restantes es suficiente con el Derecho de policía como sistema normativo que tiene como función la lucha contra factores criminógenos. Si se quiere desarrollar una política general de tolerancia cero (Hassemer, «La policía en el Estado de Derecho», en *Per-*

sona, mundo y responsabilidad; Muñoz Conde/Hassemer, *Introducción a la Criminología*, pp. 328 ss., sobre los perniciosos efectos de utilizar la pena contra factores criminógenos, en referencia a la radical experiencia americana) con respecto a determinadas ideas o fenómenos por sus posibles efectos criminógenos con relación a injustos penales en sentido estricto esa estrategia no se puede desarrollar legítimamente a través del Derecho Penal. Si el tema de las apologías difusas, vagas o nebulosas debe ser tratada de forma intensa en estos momentos por la Ciencia del Derecho Penal es porque parece que en Europa se quiere desarrollar mediante la fuerza simbólica del Derecho Penal una estrategia de tolerancia cero frente a diversos fenómenos con efectos criminógenos relacionados con valores contrarios al Estado democrático de Derecho (el terrorismo, la ideología de extrema derecha, la xenofobia, etc.) que acaba conduciendo a una instrumentalización perversa de la *ultima ratio* del ordenamiento.

La búsqueda de una fundamentación de la punición de la negación de Auschwitz como apología difusa o abstracta de delitos contra las personas ha hecho que Wandres no tuviera en cuenta en su argumentación qué es lo que puede aportar desde un punto de vista dogmático la definición por parte de Jakobs (ZStW 97, pp. 753 ss., PG, 2/25 c, *La ciencia del Derecho Penal*, pp. 137 ss.) de un sector del ordenamiento como Derecho Penal del enemigo (del sistema): «el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario». El enemigo según Jakobs «es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento... o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho». Cualquier elaboración sobre esta clase de tipos penales como la negación de Auschwitz debe posicionarse con respecto a los rendimientos dogmáticos de esta construcción, por lo que cabe reprocharle a Wandres la omisión del tratamiento de estas cuestiones (que sin embargo emergen en diversos puntos del trabajo aunque sin ser objeto de tratamiento científico).

Los principales inconvenientes de la posición de Jakobs es que falta una mayor concreción sobre quién puede ser definido como enemigo y donde están los límites de esa definición. La descripción se vuelve peligrosa cuando no es utilizada para determinar la especial relevancia comunicativa de determinados hechos sino que se inclina hacia un Derecho Penal de autor. En concreto, cuando no se trata de una descripción de una

parte del Derecho positivo en la que se adelanta la intervención del Derecho Penal (sin la correspondiente disminución de pena), sino que en general se quiere tratar de forma radicalmente distinta a aquel que se excluye como persona porque con su organización vital no cumple con el mandato jurídico básico: sé una persona y respeta a los otros como persona (Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36). Según Jakobs sólo puede ser tratado por el Estado como persona el que ofrece cierta seguridad cognitiva de comportarse de acuerdo a Derecho. Frente a esta perspectiva hay que objetar escépticamente que si en determinados casos no cabe un trato comunicativo (como personas) sino sólo instrumental (como peligros) con determinados sujetos que quedan fuera del orden jurídico y se mantienen en un estado de naturaleza (Hobbes) los problemas surgen con respecto a la determinación de quiénes son esas personas y cuáles son los límites de ese trato instrumental (¿las leyes y usos de guerra del Derecho Internacional?).

Si no queremos regresar a un Derecho Penal de autor –al menos en sentido tradicional– el enemigo no se puede definir subjetivamente o por las motivaciones de su actuación, sino sólo objetivamente en relación a su hecho. Y en estos momentos el único criterio objetivo que existe es el de pertenencia a una organización criminal. Se puede asumir que el término criminalidad organizada representa más una dirección expansiva del Derecho Penal (Hassemer) que un concepto suficientemente investigado empíricamente o que se encuentre dogmáticamente cerrado o concretado, pero se trata de una realidad jurídica que se encuentra ya plasmada en nuestro ordenamiento y en textos internacionales (cfr. sólo como ejemplo (arts. 302, 318 bis, 5, 369, 515, 571 ss. CP –y la correspondiente regulación de los arrepentidos: 376, 579.3 CP–). Lo que realmente se pretende combatir con el Derecho Penal en estos supuestos es la comisión de delitos en un contexto de delincuencia organizada que, en el caso concreto de la negación del holocausto, es la única que puede afectar de forma eficaz a la paz pública o a la seguridad interior entendida correctamente en un sentido objetivo desprovisto de la perspectiva emotiva de la víctima. Sólo en esos casos la peligrosidad de la conducta por su interrelación con otras (lo que deber ser abarcado dolosamente por al autor como elemento implícito del tipo) permiten explicar la intervención del Derecho Penal y no la del Derecho policial. La conducta adquiere en ese contexto de actuación más amplio un significado distinto. No se trata de que a determinados sujetos se les prive de sus derechos básicos como ciudadanos y, por tanto, se pueda castigar simplemente el contenido de sus expresiones u opiniones por exteriorizar una posición interna incompatible con los valores del ordenamiento jurídico, sino de que una actuación en el marco de la delincuencia organizada puede adquirir un significado distinto al que no conviene cerrar los ojos. Hay que tener en cuenta que en el seno de organizaciones dedicadas a actividades delictivas se puede dar un fenó-

meno de minucioso reparto de funciones y especialización de tareas que conduzcan a una irresponsabilidad penal organizada de muchos de sus miembros. Desde esta perspectiva la reacción adecuada frente a la estrategia organizada ya no es digna de los reparos que presentan los delitos cumulativos ya que en estos casos el sujeto se ha definido como miembro de un colectivo criminal. No parece, pues, que le afecten las críticas que Silva Sánchez ha objetado frente al modelo de responsabilidad cumulativa: «es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*». De hecho este autor ha añadido a la segunda edición de su magnífica monografía sobre la expansión del Derecho Penal un apartado sobre el denominado por Jakobs Derecho Penal del enemigo que, aunque lo entiende como un ámbito que debe ser deseablemente reducido a la mínima expresión, expone cómo «aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable».

No pretendo aquí desarrollar una monografía sobre bases diferentes a la de Wandres sino simplemente poner de manifiesto algunas carencias de su investigación. Mis consideraciones no pretenden más que indicar que se precisa una reflexión más profunda por parte de la Ciencia del Derecho Penal sobre la sugestiva vía que se ha abierto con la descripción funcional de Jakobs, sobre todo en la medida en la que ese Derecho Penal que no merece tal nombre puede afectar a aquellos que no se pueden calificar como enemigos porque este aspecto del ordenamiento punitivo no está dirigido a ellos (como tampoco ciertas normas procesales). Como señala Jakobs, «es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos» y, cabría añadir, que todavía no se sabe si puede conducir a algún resultado válido (Dencker, *Strafverteidiger* 88, pp. 262 ss.; Schulz, *ZStW* 112, pp. 659 ss.). Sin embargo, se comparta o no esta descripción funcional de Jakobs que puede ser dotada de un enorme contenido crítico, no cabe duda de que existe en los ordenamientos penales europeos un Derecho Penal específicamente creado para miembros de organizaciones criminales (tráfico ilegal de drogas, tráfico ilegal de inmigrantes, violencia racista y xenófoba, blanqueo de capitales, terrorismo, etc.) y no tenerlo en cuenta en el debate científico no va a hacer que desaparezca. Mucho menos si se acaba legitimando con los criterios asumidos en el ámbito del Derecho Penal nuclear o tradicional.

Es más, crear una dogmática propia de los delitos de criminalidad organizada puede tener incluso beneficiosos efectos político-criminales. Si

se asume la idea de que el tipo básico de ciertos delitos es en realidad una actividad contextualizada en el marco de la actividad de una organización criminal se podrían introducir cláusulas flexibles de bagatelización (mediante reducción o, incluso, exoneración de la pena) basadas en la no pertenencia a una organización. Es decir, en vez de seguir la estrategia político-criminal actual de utilizar la referencia a la organización como agravante se podrían introducir referencias a la no pertenencia en sentido contrario. No se debe olvidar, además, que este tipo de criminalidad está caracterizada entre otros aspectos por su exasperación punitiva. Incluso *de lege data* se puede buscar una aplicación más razonable de las normas existentes, sobre todo teniendo en cuenta que la desmesura de las penas que suele existir en este ámbito punitivo está relacionada con las especiales características del autor. La posición esbozada aquí refuerza, por ejemplo, la posición jurisprudencial que considera que no constituyen un delito de tráfico de drogas supuestos como las calificadas de autoconsumo colectivo o de entrega piadosa de drogas. Incluso posibilita llegar más lejos (considerar atípica toda donación entre personas mayores de edad autorresponsables que no tenga como objetivo «buscar clientela» o abrir mercado). Evidentemente nos encontramos antes un nuevo campo por explotar científicamente y se echa de manos en el trabajo de Wandres una mayor complejidad en el análisis de este tipo de problemas, aunque a lo largo del trabajo se note que lo que en realidad preocupa al autor en última instancia es la propaganda organizada de extrema derecha y que el actual sistema alemán acabe como la República de Weimar, que no supo defenderse eficazmente de sus enemigos internos. Pero con la mera búsqueda de algún tipo de peligrosidad para bienes jurídicos individuales no se resuelven todos los problemas relacionados con los injustos penales, sobre todo de aquellas normas de carácter excepcional que se encuentran con un pie fuera del ámbito de legitimidad del Derecho Penal de un Estado de Derecho.

La nueva coyuntura internacional tras los atentados de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 nos ha demostrado el peligro que puede encerrar una organización criminal para los sistemas democráticos occidentales así como la existencia objetiva de ciertas debilidades en dichos sistemas. Todo ello obliga a llevar a cabo una reflexión sobre qué puede aportar el Derecho Penal a este tipo de problemas sistémicos que no tienen que ver con la delincuencia habitual de corte individual y si es preciso que en esta materia se garantice con penas la seguridad futura del sistema político (en un sentido similar a la propuesta de Stratenwerth, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, ZStW 105, PG 4.^a ed., p. V, con respecto a los riesgos postindustriales).

Se echa también de menos en la doctrina, y en el trabajo de Wandres, un mayor desarrollo de la distinción entre la actividad criminógena que sólo se puede prevenir (dentro de los límites del Estado de Derecho evi-

dentemente) y la creación de riesgos que representan un injusto (afectación de un ámbito de organización ajeno –individual, colectivo o estatal–) que merecen y necesitan ser retribuidos mediante la pena. Ello no plantea sólo problemas en la medida en la que el Derecho Penal se va aproximando a las funciones propias del Derecho de policía (protección del orden público o de la paz pública) sino también en otros ámbitos como el de la criminalidad de empresa, donde se puede observar que el nuevo Derecho Penal de personas jurídicas que fomentan algunos autores no tiene nada que ver con la culpabilidad por la comisión de un injusto penal sino con la lucha contra la empresa como organización (su actitud, filosofía, estrategias, etc.) por su carácter criminógeno para los miembros que la integran.

Sólo me gustaría finalizar insistiendo en algo que ya he dicho en otros lugares (*Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid* núm. 4, 2001). Una democracia que se conciba a sí misma como estable no necesita intervenir con el Derecho Penal frente a apologías difusas por debajo del umbral mínimo correctamente marcado en un principio en el Código Penal de 1995 en la apología del artículo 18. Las expresiones o las ideas, por contrarias que sean a las bases de nuestra convivencia, no deben ser respondidas con una reacción tan brutal como la pena, siempre, claro está, que no formen parte de la organización de algún delito como modalidad de provocación o lesionen directamente derechos ajenos como el honor. Ello es evidente en España con respecto a la negación o justificación del genocidio, que es una norma innecesaria además de inconstitucional como ha señalado un importante sector de la doctrina. En nuestra historia legislativa las apologías autónomamente tipificadas en el Código Penal nunca han resuelto nada y han tenido más bien efectos contraproducentes. En todo caso existen una serie de preceptos desperdigados en los últimos Títulos del Libro II del Código Penal como apologías difusas, vagas o nebulosas (arts. 510, 578, 607.2) que no son más que delitos de clima que deberían estar ubicados y que, en todo caso, deben ser tratados –tanto desde una perspectiva dogmática como crítica– como especiales delitos contra el orden público frente a fenómenos muy particulares. El libro de Wandres representa un acicate en este sentido.

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid

ÍNDICE

Págs.

NECROLÓGICAS

<i>Semblanza personal y universitaria de Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), in memoriam</i> , por Miguel Polaino Navarrete	5
--	---

SECCIÓN DOCTRINAL

<i>La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	29
<i>Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura</i> , por Rafael Rebollo Vargas	133
<i>Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)</i> , por Fernando Molina Fernández	169
<i>Medios de tutela ante los juicios paralelos durante la fase de juicio oral (a propósito de la STC 135/1999, de 20 de julio –caso de la Mesa Nacional de HB–)</i> , por Pilar Otero González	285
<i>El proceso de formación de nuestra legislación penal</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	327
<i>Penas y vergüenza</i> , por José Luis Pérez Triviño	343
<i>Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)</i> , por Rafael Alcácer Guirao	361

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	413
--	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García y Manuel Jaén Vallejo	469
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Téllez Aguilera	699

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

<i>Consultas</i>	1011
<i>Instrucciones</i>	1123

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

<i>Reseña del libro Los problemas de la investigación empírica en Criminología. La situación española</i> , de J. L. Díez Ripollés y A. I. Cerezo Domínguez (Editores), por César Herrero Herrero	1141
<i>Reseña del libro Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet</i> , de Lucía Marín Peidro, por César Herrero Herrero	1145
<i>Reseña del libro La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso</i> , de Margarita Martínez Escamilla, por Abel Téllez Aguilera	1148
<i>Reseña del libro La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal</i> , de Esteban Mestre Delgado, por Abel Téllez Aguilera	1151
<i>Reseña del libro Der Zweistufige Deliktsaufbau</i> , de Klaus Rinck, por Bernardo Feijoo Sánchez ..	1154
<i>Reseña del libro Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria</i> , de Enrique Sanz Delgado, por Abel Téllez Aguilera	1176
<i>Reseña del libro Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal</i> , de José Ramón Serrano-Piedecuestas Fernández, por Abel Téllez Aguilera	1178
<i>Reseña del libro La cooperación al suicidio y la eutanasia en el Nuevo CP (art. 143)</i> , de Carmen Tomás-Valiente Lanuza, por César Herrero Herrero	1181
<i>Reseña del libro Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens</i> , de Thomas Wandres, por Bernardo Feijoo Sánchez	1187

